

Staatsorganschaft und richterliche Unabhängigkeit

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von
Klaus Türpe
aus Plauen

1966

Staatsorganschaft und richterliche Unabhängigkeit



Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von
Klaus Türpe
aus Plauen



Dekan : Prof. Dr. Kurt H. Biedenkopf
Erstberichterstatter : Prof. Dr. Wilhelm Wertenbruch
Zweitberichterstatter : Prof. Dr. Ingo von Münch
Tag der mündlichen Prüfung: 28. Juli 1966

MEINEN ELTERN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546619_0064

Gliederung

Seite

Einleitung: Die Problemstellung	1
I. Der Staat und seine Organe	3
1. Der Staat als Rechtsperson	3
2. Das Handeln der juristischen Person	8
a) Die Vertretertheorie	9
b) Die organische Theorie	11
c) Die anorganische Theorie	12
3. Die Einheit von Staat und Organ	14
a) Das Organ als Institution	14
b) Staat und Organ	17
c) Die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Organwalter	22
4. Kompetenzwidriges Organhandeln	24
II. Rechtsprechung und richterliche Unabhängigkeit	29
1. Die Gewaltenteilungslehre	29
a) Moderne Gewaltenteilungslehren	31
b) Die Durchführung der Gewaltenteilung im Grundgesetz	33
c) Die Ableitung der materiellen Staats- funktionen aus den Staatszwecken	35
2. Die Abgrenzung der Rechtsprechung von den übrigen Staatsfunktionen	40
a) Gesetzgebung - Gesetzesanwendung	40
b) Die gestaltenden Funktionen: Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung	42
c) Die erkennende Funktion: Rechtsprechung	47

aa) Rechtsprechung als Streit- entscheidung	47
bb) Freiwillige Gerichtsbarkeit	55
cc) Strafgerichtsbarkeit	56
dd) Verfassungsgerichtsbarkeit	69
 3. Die richterliche Unabhängigkeit	 81
a) Das Wesen der richterlichen Tätigkeit	81
b) Die Unabhängigkeit als Korrelat zur Bindung ans Recht	84
c) Sachliche und persönliche Unab- hängigkeit	94
d) Weitere Unterteilungen der richter- lichen Unabhängigkeit	99
e) Unabhängigkeit und Kontrollen über den Richter	103
 III. Die Synthese von Staatsorganschaft und richterlicher Unabhängigkeit	 108

Literaturverzeichnis

- Affolter, A. Zur Lehre von der Persönlichkeit
des Staates,
AÖR 20, 374
- Amelunxen, Rudolf Die Staatsanwaltschaft als Symbol
des Gerechtigkeitswillens des
Staates,
DRiZ 1955, 92
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches,
14. Aufl. Berlin 1933
- Arndt, Adolf Richter, Gericht und Rechtsweg
in der Reichsverfassung,
AÖR 21 (n. F.), 183
Das Bundesverfassungsgericht,
DVBl 1951, 297
Das Bild des Richters,
Karlsruhe 1957
Strafgewalt der Finanzämter ? Zum
Begriff der rechtsprechenden Gewalt,
NJW 1959, 605
Umstrittene Staatsanwaltschaft,
NJW 1961, 1615 (1616)
Rechtsprechende Gewalt und
Strafkompetenz,
Festgabe für Carlo Schmid S. 5
Gesetzesrecht und Richterrecht,
NJW 1963, 1273
- Arndt, Claus Zum Begriff der Partei im Organ-
streitverfahren vor dem Bundes-
verfassungsgericht,
AÖR 87, 197
- Aubin, Gustav Die Entwicklung der richterlichen
Unabhängigkeit im neuesten deut-
schen und österreichischen Rechte,
Diss. Freiburg 1905
- Bachof, Otto Begriff und Wesen des sozialen
Rechtsstaates,
VVDStrL 12, 37
Grundgesetz und Richtermacht,
Tübingen 1959

- Bader, Karl S. Zur Stellung des Staatsanwalts in
der heutigen Strafrechtspflege,
NJW 1949, 737
Staatsanwalt und Rechtspflege,
JZ 1956, 4
- Baur, Fritz Justizaufsicht und richterliche
Unabhängigkeit,
Tübingen 1954
Der Begriff der Rechtsprechung und
die freiwillige Gerichtsbarkeit,
DNotZ 1955, 507
- Becker, Erich Verwaltung und Verwaltungsrecht-
sprechung,
VVDStrL 14, 96
- Becker, Hans Joachim Betrachtungen zum Richtergesetz,
NJW 1962, 761
- Berber, Friedrich Lehrbuch des Völkerrechts Bd. 1,
München und Berlin 1960
- Bernatzik, Edmund Rechtsprechung und materielle
Rechtskraft,
Wien 1886
Kritische Studien über den Begriff
der juristischen Person und über
die juristische Persönlichkeit der
Behörden insbesondere,
AÖR 5, 169
- Bettermann, Karl
August Rechtsstaat ohne unabhängige
Richter ?
NJW 1947/48, 217
Verwaltungsakt und Richterspruch,
Gedächtnisschrift für Walter
Jellinek S. 361,
München 1955
Die freiwillige Gerichtsbarkeit
im Spannungsfeld zwischen Ver-
waltung und Rechtsprechung,
Festschrift für Friedrich Lent S. 17,
München und Berlin 1957
Über richterliche Normenkontrolle,
ZZP 72, 32
Die Unabhängigkeit der Gerichte
und der gesetzliche Richter,
Die Grundrechte Bd. III, 2 S. 523,
Berlin 1959
Buchbesprechung: Eichenberger,
Die richterliche Unabhängigkeit,
JZ 1962, 509

- Biert, Nicolo Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze durch den Richter, Bern 1933
- Bloch, Konrad Über Organschaft und die rechtliche Stellung der sog. Verbandsorgane, Diss. Leipzig 1904
- Bötticher, Eduard Inwieweit sichern die Art 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg ? ZZP 51, 201
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950
- Brangsch Die Stellung des Staatsanwalts, NJW 1951, 59
- Brüggemann, Dieter Die rechtsprechende Gewalt, Wegmarken des Rechtsstaates in Deutschland, Berlin 1962
- Burckhardt, Walther Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl. Zürich 1944
- Del Vecchio, Giorgio Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. Basel 1951
- Drath, Martin Die Gewaltenteilung im heutigen Staatsrecht, Bd. 2 der Schriften des Instituts für Politische Wissenschaft S. 99, Berlin 1952
- Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStrL 9, 17
- Dünnebier, Hanns Die Grenzen der Dienstaufsicht gegenüber der Staatsanwaltschaft, JZ 1958, 417
- Die Bindung des Staatsanwalts ans Gesetz, JZ 1961, 312
- Eichenberger, Kurt Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1959
- Ernst, Fritz Zur richterlichen Unabhängigkeit, DRiZ 1955, 78

- Esser, Josef Einführung in die Grundbegriffe
des Rechtes und Staates,
Wien 1949
- Federer, Julius Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren
des Bundesverfassungsgerichts,
Das Bundesverfassungsgericht S. 39,
Karlsruhe 1963
- Feuchte, Paul Das demokratische Prinzip und die
Rechtsprechung in Verfassungssachen,
DÖV 1964, 433
- Feuerbach, Anselm von Die hohe Würde des Richteramtes
(1817),
Frankfurt am Main 1948
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen
Verwaltungsrechts,
8. Aufl. Tübingen 1928
- Forsthoff, Ernst Über Maßnahme-Gesetze,
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek
S. 221,
München 1955
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Erster Band, Allgemeiner Teil,
8. Aufl. München und Berlin 1961
- Friesenhahn, Ernst Die Staatsgerichtsbarkeit,
Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 523
- Der Rechtsschutz im öffentlichen
Recht nach dem Bonner Grundgesetz,
DV 1949, 478
- Über Begriff und Arten der
Rechtsprechung,
Festschrift für Richard Thoma S. 21,
Tübingen 1950
- Die Verfassungsgerichtsbarkeit in
der Bundesrepublik Deutschland,
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Fuß, Ernst-Werner Die einstweilige Anordnung im
verfassungsgerichtlichen Verfahren,
DÖV 1959, 201
- Geiger, Willi Gesetz über das Bundesverfassungs-
gericht,
Berlin und Frankfurt am Main 1952
- Einige Probleme der Bundesver-
fassungsgerichtsbarkeit,
DÖV 1952, 481

- Geiger, Willi Die richterliche Unabhängigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Juristenjahrbuch Bd. 3 S. 82
- Giacometti, Zaccaria Gewaltentrennung und Verwaltungspflege, Festschrift für Hans Fritzsche S. 9, Zürich 1952
- Gierke, Otto von Das Deutsche Genossenschaftsrecht, Erster Band, Photomechanischer Nachdruck der Auflage von 1868, Graz 1954
- Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft, Darmstadt 1961
(erstmalig erschienen in Schmollers Jahrbuch, Neue Folge, 7. Jahrgang, Heft 4 S. 1097-1195)
- Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Tübingen 1915
(unveränderter Abdruck der in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 30 S. 153 und 265 erschienenen Abhandlung)
- Gneist, Rudolf von Der Rechtsstaat, Berlin 1872
- Göbel, Oswald Anklagezwang und Gewaltentrennung, NJW 1961, 856
- Görcke, Hans-Helmuth Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, ZStW 73, 561
- Goldschmidt, James Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
- Gossrau, Eberhard Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Art. 92 GG vereinbar? NJW 1958, 929
- Gräber, Fritz Das Wesen des richterlichen Geschäfts, DRiZ 1954, 206
- Grosser-Nerz-Wolters Gehört der Staatsanwalt in das Richtergesetz? DRiZ 1954, 206

- Grünhut, Max Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung,
Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform,
Beiheft 3 (1930) S. 1
- Güde, Max Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt im geteilten Deutschland,
3 Vorträge,
Berliner Richterverein 1959
- Habscheid, Walther J. Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze,
JR 1958, 361
- Haenel, Albert Studien zum Deutschen Staatsrechte,
Zweiter Band,
Leipzig 1888
- Hamann, Andreas Kommentar zum Grundgesetz,
2. Aufl. Neuwied, Berlin 1960
- Hatschek, Julius Deutsches und Preußisches Staatsrecht, Erster Band,
Berlin 1922
- Heckermann, Fritz Die richterliche Unabhängigkeit im Lichte verfassungsrechtlicher Garantie,
Diss. Köln 1952
- Heigl Die Rechtsstellung der Richter,
DRiZ 1956, 22
- Heinsheimer Von der Unabhängigkeit der Gerichte und dem kategorischen Imperativ des Richteramtes,
Heidelberg 1929
- Helfferich, Günther Die einstweilige Anordnung in der Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland,
Diss. Tübingen 1962
- Helfritz, Hans Allgemeines Staatsrecht,
5. Aufl. Detmold 1949
- Hessdörfer, Ludwig Der Rechtsstaat,
Stuttgart 1961
- Heydte, Friedrich Richterfunktion und "Richtergesetz",
August, Freiherr von Gedächtnisschrift für Walter
Jellinek S. 493
München 1955
- Hippel, Ernst von Gewaltenteilung im modernen Staate,
Köln 1950

- Hippel, Ernst von Rechtsbegriff und Richterstellung,
DRiZ 1954, 65
Die rechtsprechende Gewalt und
das Richtergesetz,
JZ 1956, 1
Richterstellung und Richtergesetz,
Mechanisches und moralisches
Rechtsdenken S. 425,
Meisenheim am Glan 1959
Allgemeine Staatslehre,
Berlin und Frankfurt am Main 1963
- Hippel, Robert von Der deutsche Strafprozeß,
Marburg 1941
- Hölder, Eduard Natürliche und juristische Person,
Leipzig 1905
Amt, Selbstverwaltung und juristi-
sche Person,
AÖR 21, 308
- Hofmeister Die Stellung des Staatsanwalts,
DRiZ 1958, 189
- Husen, Paulus van Die Entfesselung der dritten
Gewalt
AÖR 78, 49
- Imboden, Max Montesquieu und die Lehre der
Gewaltentrennung,
Berlin 1959
- Jahrreiß, Hermann Die Rechtspflege im Bonner Grund-
gesetz, Verh. d. 37. Dt. Juristen-
tages S. 26,
Tübingen 1950
Demokratischer Rechtsstaat und
Rechtsprechung,
Mensch und Staat S. 113,
Köln, Berlin 1957
Verfassungsrechtsprechung und
Verfassungsgericht,
Mensch und Staat S. 135,
Köln, Berlin 1957
Die Wesensverschiedenheit der Akte
des Herrschens und das Problem
der Gewaltenteilung,
Mensch und Staat S. 173,
Köln, Berlin 1957
- Jaspers, Karl Wahrheit, Freiheit und Friede,
Rede bei der Verleihung des
Friedenspreises 1958
(abgedruckt in Wahrheit und Leben
S. 521, Europäischer Buchklub
Stuttgart)

- Jellinek, Georg Gesetz und Verordnung,
Tübingen 1887
System der subjektiven öffent-
lichen Rechte,
2. Aufl. Tübingen 1905
Allgemeine Staatslehre,
3. Aufl. Berlin 1914
- Jellinek, Walter Der Schutz des öffentlichen Rechts
durch ordentliche und durch Ver-
waltungsgerichte,
VVDStrL 2, 8
Verwaltungsrecht,
3. Aufl. Berlin 1931
- Jerusalem, Franz Die Staatsgerichtsbarkeit,
Tübingen 1930
- Kägi, Werner Zur Entstehung, Wandlung und Pro-
blematik des Gewaltenteilungs-
prinzipes,
Diss. Zürich 1937
Von der klassischen Dreiteilung
zur umfassenden Gewaltenteilung,
Huber-Festschrift S. 151,
Bern 1961
- Katz, Rudolf Stellung und Aufgabe des Bundes-
verfassungsgerichts,
DRiZ 1959, 6
- Kaufmann, Erich Die Grenzen der Verfassungs-
gerichtsbarkeit,
VVDStrL 9, 1
- Kelsen, Hans Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,
2. Aufl. Tübingen 1923
Allgemeine Staatslehre,
Berlin 1925
Wesen und Entwicklung der
Staatsgerichtsbarkeit,
VVDStrL 5, 30
Justiz und Verwaltung,
Wien 1929
Reine Rechtslehre,
2. Aufl. Wien 1960
- Kern, Eduard Rechtspflege, Grundsätzliches
und Übersicht,
Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 475
Zum Begriff des Richters und
des Gerichts,
DRiZ 1952, 125

- | | |
|---------------------------------|---|
| Kern, Eduard | Gerichtsverfassungsrecht,
3. Aufl. München und Berlin 1959
Strafverfahrensrecht,
6. Aufl. München und Berlin 1960 |
| Kipp, Heinrich | Mensch, Recht und Staat,
Staatslehre,
Köln 1947 |
| Klein, Franz | Zum Begriff und zur Grenze der
Verfassungsgerichtsbarkeit,
DÖV 1964, 471 |
| Kleinrahm, Kurt | Justizreform und Grundgesetz,
Rpfler 1952, 2 |
| Koellreutter, Otto | Deutsches Staatsrecht,
Stuttgart und Köln 1952
Staatslehre im Umriß,
Göttingen 1955 |
| Kohlhaas, Max | Die Stellung der Staatsanwaltschaft
als Teil der rechtsprechenden Gewalt,
Neuwied 1963 |
| Kollmann, Ottmar | Selbstverwaltung der Gerichte ?
DÖV 1953, 600 |
| Kramer, Hans-Joachim | Die richterliche Gewalt im System
der parlamentarischen Demokratie,
Diss. Köln 1955 |
| Krauss, Günther | Die Gewaltengliederung bei
Montesquieu, Festschrift für
Carl Schmitt S. 103,
Berlin 1959 |
| Küchenhoff, Günter
und Erich | Allgemeine Staatslehre,
4. Aufl. 1960 |
| Küster, Otto | Das Gewaltenproblem im modernen
Staat,
AÖR 75, 397 |
| Laband, Paul | Das Staatsrecht des Deutschen
Reiches, Erster Band,
5. Aufl. Tübingen 1911
Zum zweiten Buch des Entwurfes
eines bürgerlichen Gesetzbuches
für das Deutsche Reich,
AcP 73, 161 |
| Laun, Rudolf | Studienbehelf zur Allgemeinen
Staatslehre,
4. Aufl. Hamburg 1947 |

- | | |
|-----------------------|--|
| Lechner, Hans | Bundesverfassungsgerichtsgesetz,
München und Berlin 1954 |
| Lehmann, Heinrich | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches,
12. Aufl. Berlin 1960 |
| Leibholz, Gerhard | Der Status des Bundesverfassungs-
gerichts,
JÖR (n. F.) 6, 109
Das Wesen der Repräsentation und
der Gestaltwandel der Demokratie
im 20. Jahrhundert,
2. Aufl. Berlin 1960 |
| Loewenstein, Karl | Konflikte zwischen Regierung
und Justiz,
AÖR 78, 260
Verfassungslehre,
Tübingen 1959 |
| Löwenthal, Martin | Die Abgrenzung der Verfassungs-
von der Verwaltungsgerichtsbarkeit
nach der Reichsverfassung,
RVBl 1929, 525 |
| Löwe-Rosenberg | Die Strafprozeßordnung und das
Gerichtsverfassungsgesetz,
Zweiter Band:
Das Gerichtsverfassungsgesetz,
20. Aufl. Berlin 1956 |
| Loppuch | Der verwaltungsgerichtliche Be-
schwerdebescheid und seine Abgren-
zung vom Rechtsprechungsakt,
NJW 1953, 1126 |
| Lüttger | Zur Richteranklage,
NJW 1950, 532 |
| Mangoldt, Hermann von | Das Bonner Grundgesetz,
Berlin und Frankfurt am Main 1953 |
| von Mangoldt-Klein | Das Bonner Grundgesetz,
Erster Band,
2. Aufl. Berlin und Frankfurt
am Main 1957 |
| Marcic, René | Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat,
Wien 1957 |
| Maunz, Theodor | Die Stellung des Staates im recht-
lichen Verfahren unter besonderer
Berücksichtigung des Staats- und
Verwaltungsrechts,
Hirths Annalen für das Deutsche
Reich 1923-1925 S. 341 |

- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht,
12. Aufl. München und Berlin 1963
- Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz
München und Berlin seit 1958
- Maunz, Sigloch,
Schmidt-Bleibtreu,
Klein Bundesverfassungsgerichtsgesetz,
München und Berlin 1965
- Mayer, Otto Über die juristische Person und
ihre Verwertbarkeit im öffentlichen
Recht,
Laband-Festgabe, Band 1 S. 1,
Tübingen 1908
- Deutsches Verwaltungsrecht,
Erster Band,
3. Aufl. München und Leipzig 1924
- Menger, Christian-
Friedrich System des verwaltungsgericht-
lichen Rechtsschutzes,
Tübingen 1954
- Rechtssatz, Verwaltung und Ver-
waltungsgerichtsbarkeit,
DÖV 1955, 587
- Messerer Zum Begriff Rechtsprechung und
Richter,
DRiZ 1954, 209
- Meyer-Anschütz Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts,
7. Aufl. München und Leipzig 1919
- Meyer-Ladewig, Jens Justizrecht und Richterrecht.
Zur Bindungswirkung richterrecht-
licher Institute,
AcP 161, 97
- Montesquieu De l'Esprit des Loix,
Texte établi et présenté par Jean
Brethe de la Gressaye,
2 Bände,
Paris 1955
- Müller, Gerhard Zur richterlichen Unabhängigkeit,
DÖV 1953, 304
- Nawiasky, Hans Die Grundgedanken des Grundgesetzes
für die Bundesrepublik Deutschland,
Stuttgart und Köln 1950
- Allgemeine Staatslehre,
Zweiter Teil: Staatsgesellschafts-
lehre, 2 Bände,
Einsiedeln, Zürich, Köln 1952
- Neumayer Stellung und Bedeutung der
Staatsanwaltschaft,
DRiZ 1956, 132

- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch,
bearbeitet von Danckelmann, Gramm,
Hoche, Lauterbach, Rechenmacher,
24. Aufl. München und Berlin 1965
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung,
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
Der Kampf um den Verwaltungsstaat,
Festgabe für Wilhelm Laforet S. 19,
München 1952
Die Gewaltentrennung in moderner
Sicht,
Köln und Opladen 1954
Die Verwaltung als eigenständige
Staatsgewalt,
Krefeld 1965
- Philipp, Alfred Die Parteifähigkeit vor dem Staats-
gerichtshof bei Verfassungsstreitig-
keiten innerhalb eines deutschen
Landes,
Hamburger Diss. Münster 1928
- Popitz, Johannes Der Parteibegriff im preußischen
Verwaltungsstreitverfahren,
Diss. Halle 1907
- Preuß, Hugo Stellvertretung oder Organschaft ?
Iherings Jahrbücher Bd. 44, 429,
Jena 1902
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie,
5. Aufl. Stuttgart 1956
- Rehfeldt, Bernhard Einführung in die Rechtswissenschaft,
Berlin 1962
- Rehm, Hermann Allgemeine Staatslehre,
Leipzig und Tübingen 1899
- Reuß, Hermann Staat und Bürger im Recht,
JR 1963, 1
- Roellecke, Gerd Politik und Verfassungsgerichts-
barkeit. Über immanente Grenzen
der richterlichen Gewalt des
Bundesverfassungsgerichts,
Heidelberg 1961
- Rühl, Helmut Zur Konstruktion der Rechtsbeziehun-
gen zwischen staatlichen Behörden,
Breslau 1926
- Rumpf, Helmut Verwaltung und Verwaltungsrecht-
sprechung,
VVDStrL 74, 136

- Schmidt-Räntsch Kommentar des Deutschen Richter-
gesetzes,
München und Berlin 1962
- Schneider, Peter Zur Problematik der Gewaltenteilung
im Rechtsstaat der Gegenwart,
AÖR 82, 1
- Schorn, Hubert Zur Dienstaufsicht über Richter,
DRiZ 1954, 2
Die Stellung des Rechtspflegers
und seine Unabhängigkeit nach dem
Rechtspflegergesetz,
Rpfler 1957, 267
- Schornstein, Hans J. Organpersönlichkeit und Organ-
kompetenz,
Bonn und Köln 1933
- Smend, Rudolf Verfassung und Verfassungsrecht,
München und Leipzig 1928
- Spanner, Hans Rechtliche und politische Grenzen
der Verfassungsgerichtsbarkeit,
Wien 1960
- Stein, Ekkehart Die Bindung des Richters an Recht
und Gesetz,
Diss. Frankfurt 1958
- Strunck, Wolfgang Der Sitz des Staatsanwalts,
NJW 1949, 416
- Thoma, Richard Das richterliche Prüfungsrecht,
AÖR 43, 267
Die Funktionen der Staatsgewalt,
Grundbegriffe und Grundsätze,
Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 108
Das System der subjektiven öffent-
lichen Rechte und Pflichten,
Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 607
Rechtsgutachten betreffend die
Stellung des Bundesverfassungs-
gerichts,
JÖR 6 (n. F.), 161
- Traub Anklagemonopol und Anklagezwang
der Staatsanwaltschaft,
JuS 1961, 256
- Triepel, Heinrich Die Reichsaufsicht,
Berlin 1917
Wesen und Entwicklung der
Staatsgerichtsbarkeit,
VVDStrL 5, 2

- Triepel, Heinrich Streitigkeiten zwischen Reich
und Ländern,
Kahl-Festgabe,
Tübingen 1923
- Turegg, E. von Gerichte,
NJW 1953, 1201
- Ule, Carl-Hermann Über das Verhältnis von Verwal-
tungsstaat und Rechtsstaat,
Staats- und Verwaltungswissen-
schaftliche Beiträge S. 127,
Stuttgart 1957
Anmerkung zum Urteil des Bundes-
verwaltungsgerichts JZ 1958, 625,
JZ 1958, 628
- Wagner, Albrecht Sind Richter Beamte ?
DÖV 1955, 167
Der Richter. Geschichte, aktuelle
Fragen, Reformprobleme,
Karlsruhe 1959
- Wagner, Walter Zur Weisungsgebundenheit der
Staatsanwälte,
NJW 1963, 8
- Weber, Werner Das Richtertum in der deutschen
Verfassungsordnung,
Festschrift für Niedermeyer S. 261
Göttingen 1953
Spannungen und Kräfte im west-
deutschen Verfassungssystem,
2. Aufl. Stuttgart 1958
Die Teilung der Gewalten als
Gegenwartsproblem,
Festschrift für Carl Schmitt S. 253,
Berlin 1959
- Werner, Fritz Das Problem des Richterstaates,
Berlin 1960
Bemerkungen zur Funktion der
Gerichte in der gewaltenteilenden
Demokratie,
Juristen-Jahrbuch Bd. 1 S. 68
- Wertenbruch, Wilhelm Grundgesetz und Menschenwürde,
Köln-Berlin 1958
Registereintragungen der frei-
willigen Gerichtsbarkeit als
Verwaltungsakte,
DÖV 1958, 732

- Wertenbruch, Wilhelm Die Begriffe: Beamter, Richter, Soldat auf bundesrechtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Gewaltenteilungslehre, DÖV 1960, 672
Das Grundgesetz und die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse, JVB1 1962, 73
Gewaltenteilung und Rechtspfleger, Rpfleger 1962, 77
Ist die Rechtspflege der Verwaltungsfunktion zuzuordnen? DRpflZ 1963, 49
Erwägungen zur materialen Rechtsstaatlichkeit, Festschrift für Hermann Jahrreiß S. 487, Köln, Berlin, Bonn, München 1964
Zur Rechtfertigung des Widerstandes, Festgabe für Ernst von Hippel S. 318, Bonn 1965
- Wilke, Reinhard Die Rechtsstellung des Richters und der Entwurf eines deutschen Richtergesetzes, Diss. Köln 1960
- Wintrich, Josef Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Hans Nawiasky S. 191, München 1956
- Wolany, Josef Von der Aufgabe und der Bedrängnis des Richters auf Grund seiner "rechtsprechenden Gewalt", DRiZ 1959, 301
- Wolff, Hans-Julius Die Voraussetzungen eines "besonderen Verwaltungsgerichts", dargestellt am Beispiel der Spruchkammern bei den Oerversicherungsämtern, MDR 1951, 67
Verwaltungsrecht, Band 1, 5. Aufl. München und Berlin 1963, Band 2, München und Berlin 1962
- Zinn, Georg August Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, Verh. d. 37. Dt. Juristentages, S. 46, Tübingen 1950

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts
BVGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRpflZ	Deutsche Rechtspfleger-Zeitschrift
DV	Deutsche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 2, Tübingen 1932
i. S. v.	im Sinne von
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau

JVB1	Justizverwaltungsblatt
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
n. F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
PVG NRW	Polizeiverwaltungsgesetz für Nordrhein-Westfalen
Randn.	Randnummer
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger
RVB1	Reichsverwaltungsblatt
S.	Seite; im Zusammenhang mit Paragraphen: Satz
sog.	sogenannt
StPO	Strafprozeßordnung
u. a.	unter anderem
Verf. NRW	Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen
Verh. d. Dt. Juristentages	Verhandlungen des Deutschen Juristentages
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStrL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung: Die Problemstellung

In seiner Abhandlung "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter" schreibt Bettermann¹⁾: "Die richterliche Unabhängigkeit ist nirgends so nötig wie dort, wo der Staat selbst prozessiert. Dort ist die Staatsabhängigkeit zugleich Parteiabhängigkeit - und dies widerstreitet dem Wesen des Richteramts, das Neutralität voraussetzt.... Den Richter vom oder gegen den Staat anrufen zu lassen, hat nur Sinn, wenn der Richter vom Staat unabhängig ist. Dagegen kann die richterliche Unabhängigkeit vom Staat nicht schon aus der Idee des Rechts und der Gerechtigkeit abgeleitet werden. Daraus, daß der Richter an Gesetz und Recht gebunden ist und auf die Gerechtigkeit ausgerichtet sein soll, folgt nicht die Notwendigkeit, daß er von allen übrigen Staatsorganen unabhängig gemacht wird. Denn auch die Verwaltung ist an Gesetz und Recht gebunden, und die Gesetzgebung an das Verfassungsrecht. Aus diesen Gründen muß auch der Versuch scheitern, die richterliche Unabhängigkeit schon aus dem "Wesen" des Richters und der Rechtsprechung zu rechtfertigen.... Das Richten nach Weisungen ist kein Selbstwiderspruch - was sich schon darin zeigt, daß ja auch der mit allen modernen Unabhängigkeitsgarantien ausgestattete Richter der doppelten Weisung des Gesetzgebers einerseits, der Gerichte andererseits unterliegt. Gesetzeskraft und Rechtskraft begrenzen seine Entscheidungsfreiheit auf einen engen Raum."

Diese Ausführungen, die Bettermann später noch ausdrücklich unterstreicht²⁾, werfen eine Anzahl Fragen auf. Richter sind zwar keine Beamte³⁾, aber sie haben ein staatliches

-
- 1) Die Grundrechte Bd. III, 2 S. 523 (529, 530)
 - 2) JZ 1962, 509; hier bezeichnet er die richterliche Unabhängigkeit als "das Produkt einer bestimmten historischen Entwicklung".
 - 3) Ad. Arndt, Das Bild des Richters S. 3; NJW 1959, 605 (607)
H. J. Becker NJW 1962, 761 (763)
Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (31)
Eb. Schmidt JZ 1953, 321 (324); JZ 1963, 73 (74)
Schmidt-Räntsch, DRiG Vorb. § 8 Randn. 2
A. Wagner DÖV 1955, 167 (172)
Wertenbruch Rpfleger 1962, 77 (78)

Amt inne, die Gerichte sind Staatsorgane¹⁾. So stehen die Richter auf der einen Seite als "öffentlich-rechtlich angestellte Bedienstete"²⁾ in einem Dienst- und Treueverhältnis zum Staat³⁾, auf der anderen Seite sollen sie vom Staat, an den sie durch ihre Pflichten gebunden sind, unabhängig sein⁴⁾. Wenn das richtig wäre, stünden Staatsorganschaft und richterliche Unabhängigkeit in Antinomie. Bettermann spricht einmal von Staatsunabhängigkeit, dann aber von der Unabhängigkeit des Richters von allen übrigen Staatsorganen. Was soll richterliche Unabhängigkeit sein: Unabhängigkeit vom Staat oder von den anderen Staatsorganen? Dazu wird zu klären sein, wer überhaupt in der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit vor dem Richter steht und Partei ist, Staat⁵⁾ oder Staatsorgan.

Um Antwort auf diese Fragen zu bekommen, müssen wir auf den Begriff sowohl der Organschaft als auch der richterlichen Unabhängigkeit und die damit verbundenen Vorstellungen und Probleme eingehen. Bei der Behandlung des zweiten Fragenkomplexes, der richterlichen Unabhängigkeit, wird sich auch herausstellen, ob Bettermann mit seiner - sonst von niemandem geteilten - Auffassung Recht hat, daß die sachliche Unabhängigkeit kein begriffsnotwendiger Bestandteil der Rechtsprechung sei, "weil sonst Art. 97 Abs. 1 GG leerlaufen würde"⁶⁾.

1) Wertenbruch Rpfleger 1962, 77 (80)

2) A. Wagner DÖV 1955, 167 (172)
Wertenbruch DÖV 1960, 672 (675)

3) Art. 33 Abs. 4 GG; § 3 DRiG
Heigl DRiZ 1956, 22 (23)

4) Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (32), behauptet, der Richter sei "institutionell aus dem Staatsapparat herausgelöst", dem Staat gegenüber sachlich und persönlich unabhängig gestellt.
Nach von der Heydte, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 493 (500), soll es keine Unabhängigkeit vom, sondern nur im Staate geben; allein auch dies trifft den Kern nicht.

5) Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt S. 69: "... daß der Staat vor seinen eigenen Gerichten Recht nehmen muß."
Loewenstein, Verfassungslehre S. 244: "der als Partei auftretende Staat"

6) Die Grundrechte Bd. III, 2 S. 523 (635)

I. Der Staat und seine Organe

1. Der Staat als Rechtsperson

Am Anfang unserer Überlegungen steht die Frage nach der rechtlichen Natur des Staates. Damit wird nur eine, nämlich die juristische Seite des Staates angesprochen. Eine Auseinandersetzung mit dem "Wesen" des Staates, die Grundlage jeder staatsrechtlichen Diskussion sein sollte, da nur von hier aus gültige Ergebnisse zu erzielen sind, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es muß daher bei der Feststellung bewenden, daß dieser Arbeit eine kollektivistisch-universalistische Staatsauffassung - im Gegensatz zu einer individualistisch-atomistischen Betrachtungsweise - zugrunde liegt¹⁾.

Der Staat ist nicht identisch mit dem Volk²⁾, er ist nicht lediglich eine "Summe von Menschen"³⁾, sondern hat eine eigene, selbständige Existenz. Der Staat ist Person und als solche rechtsfähig, er ist Rechtssubjekt⁴⁾.

Für den Menschen als "natürlicher" Person ergibt sich die Rechtsfähigkeit von selbst, sie leitet sich aus seiner Würde, eben seinem Menschsein ab, sie braucht nicht eigens begründet zu werden und kann daher vom Gesetzgeber vorausgesetzt werden⁵⁾. Auch für den Staat, der freilich als "juristische" Person und somit als "geistige Ordnungseinheit" in eine andere Seinsschicht eingeordnet ist als die natürliche Person⁶⁾, ist die Rechtsfähigkeit vorgegeben.

- 1) Zu dieser Gegenüberstellung vgl. G. Jellinek, Staatslehre S. 173 f.
- 2) Wertenbruch JVB1 1962, 73
- 3) a. A. Haenel, Studien II S. 231
- 4) Del Vecchio, Rechtsphilosophie S. 490
G. Jellinek, Staatslehre S. 183
- 5) Enneccerus-Nipperdey AT Bd. 1 S. 478
Lehmann AT S. 74
- 6) Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde S. 205 f.
vgl. auch Rehfeldt, Einführung S. 79 ("geistiges Sein" i.S.v. Nikolai Hartmann)

Ob dagegen andere Organisationen rechtsfähig sind, entscheidet sich - mit Ausnahme wohl noch der Kirche und der Gemeinde, die man neben dem Menschen und dem Staat als "geborene" Rechtspersonen bezeichnen könnte - nach dem jeweils geltenden Recht: juristische Person ist nur diejenige Organisation, die von der Rechtsordnung als solche anerkannt ist¹⁾, der also der Staat die Rechtsfähigkeit verliehen hat. Auch aus dieser Tatsache, daß es der Staat ist, der den juristischen Personen die Rechtsfähigkeit verleiht, erhellt, daß der Staat selbst - ohne sein eigenes Zutun - Rechtsperson sein muß. Eine positiv-rechtliche Regelung ist hier - genau wie beim Menschen - entbehrlich. Wollte sich der Staat die Rechtsfähigkeit selbst verleihen, so wäre dies lediglich die Anerkennung eines bereits bestehenden Zustandes²⁾ und hätte nur dann Sinn, wenn ihm die Rechtsfähigkeit auch abgesprochen werden könnte. Ein Staat ohne Rechtsfähigkeit und somit ohne Rechtspersönlichkeit aber ist nicht denkbar³⁾; die Rechtsfähigkeit ist für ihn ebenso unverzichtbar wie für den Menschen, sie ist mit seiner Existenz denknötwendig verknüpft.

Rechtspersönlichkeit ist gleichbedeutend mit Rechtsfähigkeit. Die Person kann Träger von Rechten und Pflichten sein⁴⁾, und zwar grundsätzlich im umfassenden, generellen Sinne⁵⁾.

1) Enneccerus-Nipperdey AT Bd. 1 S. 478

2) Palandt-Danckelmann, Einf. 2 vor § 21 BGB

3) Wenngleich auch die Rechtspersönlichkeit des Staates in der Literatur geleugnet wurde:
Affolter AÖR 20, 374 (401)
Haenel, Studien II S. 231
Mayer, Laband-Festgabe Bd. 1 S. 1 ff. (der Staat sei zu groß, um sich juristisch fassen zu lassen).
Diesen vereinzelt Stimmen steht aber eine gefestigte Lehre gegenüber:
G. Jellinek, Staatslehre S. 183, 560, 562
Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 94
Wertenbruch JVB1 1962, 73

4) Enneccerus-Nipperdey AT Bd. 1 S. 477
Lehmann AT S. 73

5) Enneccerus-Nipperdey AT Bd. 1 S. 623

Nun ist es eine bekannte Erscheinung, daß die verschiedenen Rechtspersonen von gewissen Rechtsgebieten als Verpflichtungs- und Berechtigungssubjekt ausgeschlossen sind. So ist umstritten, ob der Mensch auf dem Gebiet des Völkerrechts rechtsfähig ist¹⁾. Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern²⁾ bedingt eine starke gegenseitige Einengung auf die Wahrnehmung bestimmter Geschäfte. Auch die Gemeinden sind nur zur Vornahme einer bestimmten Anzahl von Geschäften, nämlich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG), berechtigt und verpflichtet.

Es ist jedoch verfehlt, aus diesen im Einzelfall festgelegten Beschränkungen eine Relativität des Persönlichkeitsbegriffs herleiten zu wollen. So soll nach Thoma³⁾ alle Persönlichkeit zu einer bestimmten Rechtssphäre oder zu mehreren Rechtssphären relativ sein; der Mensch entbehre der Rechtssubjektivität in der Sphäre des Völkerrechts, der Staat in der Sphäre des Familienrechts. Unter Berufung auf Bernatzik⁴⁾ und unter Anlehnung an den von Kelsen in seinen "Hauptproblemen" entwickelten Personbegriff⁵⁾ definiert Schornstein⁶⁾: "Rechtsperson ist man, weil und soweit man rechtsbezogen, Rechtsträger ist." Die Rechtsperson

- 1) Berber, Völkerrecht Bd. 1 S. 110 ff.
- 2) Die nach überwiegender Auffassung wirkliche Staaten sind, nicht bloß hochpotenzierte Selbstverwaltungskörper und nicht bloß autonome Gebietskörperschaften: Maunz, Staatsrecht S. 179
Im übrigen kann auf die Probleme, die sich aus der bundesstaatlichen Struktur der Bundesrepublik ergeben, in dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden.
- 3) Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 607 (611)
- 4) AÖR 5, 169 (192): "Soweit das Recht reicht, zu dem man fähig ist, soweit ist man Person."
- 5) Hauptprobleme S. 514; hier sieht Kelsen das Wesen der Rechtsperson darin, alles zusammenzufassen, was der Rechtsordnung gegenüber als (Pflicht-) Subjekt in Betracht kommen kann.
- 6) Organpersönlichkeit S. 82

erscheint als "Subjekt normativer Rechtsbezogenheit"¹⁾ und somit als relativer Begriff.

Diese Lehre geht von falschen Voraussetzungen aus. Nicht das Vorhandensein von Rechten und Pflichten, die normative Bezogenheit, macht den Menschen oder den Staat zur Person, sondern weil der Mensch und der Staat Personen sind, haben sie Rechte und Pflichten und können Rechtsverhältnisse eingehen. Das Rechtsverhältnis setzt die Rechtsperson voraus.

Die Rechtsperson ist in der Rechtsfähigkeit, d.h. in der Potenz, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, umfassend und unbeschränkt²⁾. Dies gilt auch für die juristische Person, ihre Rechtsfähigkeit bezieht sich grundsätzlich auf das gesamte Recht. Allerdings sind die Rechtsgebiete ausgenommen, "die der juristischen Person kraft ausdrücklicher Vorschrift oder nach dem Sinn und Zweck des Entstehungstatbestandes verschlossen sein sollen, sowie die Rechtsverhältnisse, die menschliche Individualität voraussetzen"³⁾.

Die angeführten Beschränkungen stehen also nicht im Widerspruch zur generellen Rechtsfähigkeit, sie haben mit der Frage der Rechtsfähigkeit und damit der Rechtspersönlichkeit im Grunde nichts zu tun. Wenn ein Kind von drei Jahren nicht heiraten darf, in einem Teilgebiet des Familienrechts also nicht verpflichtungs- und berechtigungsfähig ist, so ist die Rechtspersönlichkeit deswegen nicht relativ. Wieviel weniger kann man dies daraus ableiten, daß der Staat als juristische Person in der Sphäre des Familienrechts keine Rechtssubjektivität hat. Rechtsfähigkeit bedeutet "universales juristisches Vermögen"⁴⁾, das eine wesensmäßige oder gesetzlich festgelegte Beschränkung erfahren kann, ohne daß dadurch die Rechtsperson ihrer Substanz beraubt würde.

1) Schornstein, Organpersönlichkeit S. 84

2) Enneccerus-Nipperdey AT Bd. 1 S. 623

3) Enneccerus-Nipperdey AT Bd. 1 S. 626

4) Enneccerus-Nipperdey AT Bd. 1 S. 624

Aus diesem Grunde ist auch die von H.J. Wolff getroffene Unterscheidung von Rechtssubjektivität, Voll- und Teilrechtsfähigkeit abzulehnen. Wolff will unter Rechtssubjektivität die "Eigenschaft eines Menschen oder eines anderen sozialen Substrates, Zuordnungsobjekt (mindestens) eines Rechtssatzes zu sein", unter (Voll-) Rechtsfähigkeit die "rechtsordnungsgemäße Fähigkeit eines Menschen oder einer Organisation, in einem System von Rechtssätzen im Verhältnis zu anderen Träger von Pflichten und Rechten zu sein", verstanden wissen¹⁾. Ist der Mensch oder die Organisation nicht im Regelfall, sondern nur einer Gruppe von Rechtssätzen zufolge Verpflichtungs- und Berechtigungssubjekt, so spricht Wolff von Teilrechtsfähigkeit (z.B. des nichtrechtsfähigen Vereins) im Gegensatz zur Vollrechtsfähigkeit, die das Wesen der Person im Rechtssinne ausmache²⁾.

Empfiehlte sich schon nicht die Differenzierung von Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit, da Rechtssubjekt und Rechtsperson in der Literatur überwiegend als gleichbedeutende Begriffe verwendet werden, so ist auf jeden Fall die weitere Unterteilung der Rechtsfähigkeit in eine Voll- und eine Teilrechtsfähigkeit als verfehlt anzusehen. Die Begriffe, mit denen Wolff hierbei arbeitet (System von Rechtssätzen, im Regelfall, Gruppe von Rechtssätzen), sind recht vage, so daß man fragen muß, wo denn die Grenzen liegen sollen; und seine Schlußfolgerung²⁾, daß Hoheitssubjekte entsprechend ihren jeweils begrenzten Zuständigkeiten in öffentlich-rechtlicher Hinsicht stets nur teilrechtsfähig, also keine juristischen Personen sind, führt zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß selbst dem Staat die Rechtspersönlichkeit fehlt³⁾.

Entweder ist eine Organisation auf Grund der Anerkennung durch die Rechtsordnung Rechtsperson und damit rechtsfähig, oder sie ist es nicht - dann ist sie aber auch

1) Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 154
ebenso: Menger, System S. 38 f.

2) Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 155

3) Vgl. S. 4 Anm. 3

nicht teilrechtsfähig. Etwaige gesetzliche Berechtigungen oder Verpflichtungen, die nur in einzelnen Beziehungen ausgesprochen werden, ohne daß der Organisation die Rechtsfähigkeit verliehen ist, fingieren die Rechtsfähigkeit lediglich: der nichtrechtsfähige Verein ist als Beklagter im Rechtsstreit nicht wirklich rechtsfähig, sondern er wird so behandelt, als sei er es; er hat nur die Stellung eines rechtsfähigen Vereins (§ 50 Abs. 2 ZPO).

So kann auch die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern diese Staaten nicht teilrechtsfähig machen, sie besitzen vielmehr die generelle Rechtsfähigkeit. Wenn sie sich auf einzelnen Rechtsgebieten entsprechend den Vorschriften des Grundgesetzes gegenseitig als Berechtigte oder Verpflichtete ausschließen, so sind diese Beschränkungen mit dem Wesen der (juristischen) Person vereinbar.

Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts teilt man ein in Körperschaften, Anstalten und Stiftungen. Der Staat ist danach als Körperschaft anzusprechen, und zwar als die "oberste Gebietskörperschaft"¹⁾. In diesem Sinne definiert Georg Jellinek²⁾: "Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Gebietskörperschaft."

2. Das Handeln der juristischen Person

Zum Staat gehört die Staatsgewalt. Diese muß ausgeübt werden. Wie aber soll eine juristische Person, die weder Verstand, Sprache noch Glieder im biologischen Sinne hat, handeln können? Die rechtliche Konstruktion des "Handelns der juristischen Person" bereitet demgemäß seit jeher die größten Schwierigkeiten. Der zentrale Begriff, um den sich hierbei die Streitfragen drehen, ist der des Organs.

1) Enneccerus-Nipperdes AT Bd. 1 S. 731

2) Staatslehre S. 183

Man sagt gewöhnlich: die juristische Person handelt durch ihre Organe. Damit ist aber über die rechtliche Stellung des Organs, insbesondere seine Beziehung zur juristischen Person, noch nichts Entscheidendes gesagt. Offen bleibt, ob das Organ Rechtspersönlichkeit hat oder nicht; ob sein Handeln das Handeln der juristischen Person selbst ist oder ob es lediglich als Stellvertreter fungiert; ob die dem Organ zustehende Kompetenz ein - eventuell subjektives - Recht ist oder nicht; ob man sich unter Organ überhaupt einen Menschen oder eine Institution vorzustellen hat.

Aus den zahlreichen Lösungsvorschlägen, die zur Beantwortung dieser Fragen gemacht wurden, ragen drei Theorien hervor, nämlich die Vertreter-, die organische und die anorganische Theorie.

a) Die Vertretertheorie

Nach dieser Theorie, der Anschauungen des römischen Rechts zugrunde liegen, ist das Organ Stellvertreter der juristischen Person. Anhänger dieser Theorie sind hauptsächlich die im privatrechtlichen Denken des 19. Jahrhunderts befangenen Romanisten, als deren Wortführer Schloßmann gelten kann¹⁾. Schloßmann vergleicht die juristische Person mit einem Geschäftsunfähigen; beide seien rechts-, aber nicht handlungsfähig²⁾. Der Geschäftsunfähige bedürfe zur Bildung und Betätigung eines rechtlich erheblichen Willens eines Vertreters, eines Vormunds, und ebenso müsse man die Organe als Vertreter der juristischen Person ansehen, die auch bei Fortfall sämtlicher Organe bestehen bleibe, genau wie der Geschäftsunfähige, der vorübergehend keinen Vormund hat, als rechtsfähige Person fortlebe³⁾.

1) Iherings Jahrbücher Bd. 44, S. 289

2) Schloßmann, Iherings Jahrbücher Bd. 44 S. 289 (304)
vgl. auch Lehmann AT. S. 413
Leibholz, Wesen der Repräsentation S. 134 Anm. 2

3) Schloßmann aaO S. 306

Vor allen Dingen sei allein die individualistische Auffassung in der Lage, das Bestehen von "rechtlichen Beziehungen, insbesondere von obligatorischen Verhältnissen zwischen den als Organ bezeichneten Personen und der juristischen Person" zu erklären¹⁾. Dagegen ergäbe sich aus der Organtheorie "die vollständige Aufsaugung der gesamten Persönlichkeit der zum Organ einer juristischen Person gewordenen Person durch die juristische Person", wodurch sie ihre Selbständigkeit verlieren müßte²⁾.

Die Vorstellung, daß bei der Organschaft - im Gegensatz zur Stellvertretung, bei der es sich um ein Verhältnis zwischen zwei Personen handelt - die juristische Person selbst in dem Organ erscheint, also nur eine Person vorhanden ist³⁾, kann Schloßmann nicht nachvollziehen und bezeichnet sie daher als "gänzlich nichtssagend"⁴⁾, als "ungesunden Mystizismus"⁵⁾. Dagegen versucht er nachzuweisen, daß die Voraussetzungen der spezifischen Vertretungswirkungen auch für das für die juristische Person handelnde Organ vorliegen⁶⁾.

Die Lehre von der Identität von Organschaft und Stellvertretung hat in Kelsen nochmals einen eifrigen Verfechter gefunden⁷⁾, und zwar erklärt sich dies aus seiner Lehre vom alleinigen Wert der formalen Elemente des Rechts unter Ausschluß

1) Schloßmann aaO S. 301; für ihn ist also Organ eine physische Person.

2) Schloßmann aaO S. 300

3) G. Jellinek, Staatslehre S. 560
Laband AcP 73, 161 (187 f.)

4) aaO S. 308

5) aaO S. 314

6) Schloßmann aaO S. 316 ff.
vgl. auch Rehm, Staatslehre S. 180: "Staatsorgane sind notwendige, nicht fakulative Vertreter."
Hölder, Natürliche und juristische Personen S. 60 (S. 95: Vertreter aller am Gemeinwesen beteiligten Menschen); allerdings differenziert er zwischen Vertretung und bürgerlich-rechtlicher Stellvertretung (S. 103 f.); an anderer Stelle - AÖR 21, 308 (318 f.) - leugnet Hölder die selbständige Persönlichkeit der Staatsorgane neben der öffentlich-rechtlichen Persönlichkeit des Staates.

7) Hauptprobleme S. 694 ff. (S. 706: vollkommene Übereinstimmung zwischen Organschaft und Stellvertretung)

der Welt des Seins und der Zwecke; für ihn gehört der Organismusgedanke der Soziologie und der Sozialpsychologie, aber nicht dem "reinen" Recht an¹⁾.

Ansonsten wird die Vertretertheorie heute - soweit ich sehe - nur noch von Leibholz aufrechterhalten²⁾.

b) Die organische Theorie

Die sog. organische Staatslehre gründet sich im wesentlichen auf die Arbeiten Otto von Gierkes und seines Schülers Preuß. Otto von Gierke erkennt bekanntlich dem Staate "reale Wesenheit" zu³⁾; der Staat sei, da er eine in sich abgeschlossene, selbständige Existenz habe, genau wie die juristische Person des Privatrechts "Vollperson" oder auch "Gesamtpersönlichkeit"⁴⁾. Den Organen komme zwar auch Persönlichkeit zu, aber sie seien nur "Teil-" oder "Gliederpersonen", weil sie nicht zu einer rechtlichen Eigenexistenz berufen seien. "Das Organ als solches ist eigener Rechte gar nicht fähig, weil es keine juristische Person, kein für sich bestehendes Rechtssubjekt ist. Wenn jedoch dem Organe die Vollpersönlichkeit des Individuums und des korporativen Verbandes fehlt, so entbehrt es damit noch keineswegs der Rechtssubjektivität überhaupt. Ihm muß vielmehr die Bedeutung einer subjektiven Teileinheit im Gemeinwesen und somit eine Organpersönlichkeit in der Gesamtpersönlichkeit zugeschrieben werden."⁵⁾ Die Rechte und Pflichten, die dem Organ⁶⁾ kraft seiner Kompetenz gegen andere Organe und gegen die einzelnen Staatsglieder zustünden, seien zwar Rechte und Pflich-

- 1) Hauptprobleme S. 453 ff.
vgl. auch Schornstein, Organpersönlichkeit S. 33
- 2) Wesen der Repräsentation S. 133 ff.
- 3) Grundbegriffe S. 98
- 4) Grundbegriffe S. 115
Labands Staatsrecht S. 44 ff.
- 5) O. v. Gierke, Labands Staatsrecht S. 47
- 6) Wiederum als physische Person verstanden:
O. v. Gierke, Labands Staatsrecht S. 44;
Genossenschaftsrecht Bd. 1 S. 828 f.

ten des Gemeinwesens; allein es bestünden hier auch subjektive Rechte und Pflichten der Organpersönlichkeit als solche¹⁾.

Die organische Theorie geht also von der Rechtssubjektivität der Gemeinwesen bei gleichzeitiger Rechtssubjektivität ihrer Organe aus²⁾. Zwischen Staat und Organ sind somit Rechtsbeziehungen möglich, Schloßmanns diesbezügliche Polemik vermag die organische Theorie nicht zu erschüttern³⁾.

c) Die anorganische Theorie

Der Hauptunterschied dieser in erster Linie von Georg Jellinek entwickelten Lehre - ihre Bezeichnung als "anorganische"⁴⁾ ist in der Literatur zwar vorherrschend, trifft aber nicht zu⁵⁾ - zur organischen Theorie besteht darin, daß Jellinek neben der Rechtspersönlichkeit des Staates eine selbständige Persönlichkeit der Organe nicht anerkennt⁶⁾. Gemeinsam ist beiden Anschauungen die Überzeugung von der Einheit von Staat und Organ. Während aber die organische Theorie, um Rechtsbeziehungen zwischen Organ und Staat zu erklären, das Organ zur Teilpersönlichkeit erhebt und in dieser Richtung mit eigenen subjektiven Rechten ausstattet, die zugleich Rechte des Gemeinwesens sind, gibt es für Jellinek kein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Organ. Vielmehr bestehe der Staat nur durch seine Organe⁷⁾, mit ihrem Wegfall höre auch der Staat zu existieren auf⁶⁾. Die Kompetenzen der Organe seien keine subjektiven Rechte, sondern objektive Zuständigkeitsregeln⁸⁾. Ein Vertretungsverhältnis zwischen Staat und Organ sei unmöglich, denn es setze ja zwei Personen voraus⁶⁾.

1) O. v. Gierke, Labands Staatsrecht S. 44

2) Preuß, Iherings Jahrbücher Bd. 44 S. 429 (450)

3) Preuß, Iherings Jahrbücher Bd. 44 S. 429 (449)
Kelsen, Hauptprobleme S. 696

4) Kelsen, Hauptprobleme S. 700, nennt sie "pseudo-organisch".

5) Schornstein, Organpersönlichkeit S. 19

6) Staatslehre S. 560

7) Staatslehre S. 544

8) Staatslehre S. 561, System S. 227

Wie aber wird Jellinek mit Schloßmanns Einwand fertig, daß nur die individualistische Auffassung imstande sei, die nicht wegzudenkenden rechtlichen Beziehungen zwischen Organ und juristischer Person zu erklären ? Hier vollzieht Jellinek den entscheidenden gedanklichen Schritt, indem er zwischen dem Organ und dem physischen Organträger (Organwalter) unterscheidet¹⁾. Dieser stehe sehr wohl in mannigfaltigen Rechtsverhältnissen zum Staat, Staat und Organträger seien zwei geschiedene Persönlichkeiten, Staat und Organ dagegen eine Einheit; die Berufsordnung statuiere subjektives, die Organisationsordnung nur objektives Recht²⁾. Der einzelne Organträger habe ein Recht auf Organstellung, und es ergäben sich für ihn Pflichten aus dieser Stellung³⁾; aber die Rechte, die die Organträger für das Organ wahrnehmen, seien keine Rechte dieser Persönlichkeiten, da sie auch dem Organ nicht als subjektive Rechte zustünden, sondern lediglich staatliche Zuständigkeiten ordneten.

In Übereinstimmung mit Georg Jellinek befindet sich im großen und ganzen Laband, weshalb man diese Lehre auch die "Laband-Jellineksche Staatslehre" genannt hat⁴⁾. Subjekt aller Staatsgewalt sei der Staat selbst⁵⁾, im Verhältnis zu ihm hätten die Organe nur die Bedeutung wie ein Rad an einer Maschine⁶⁾ oder wie der Mund des Menschen zur Abgabe von Willenserklärungen⁷⁾. Das Staatsamt sei niemals Rechtssubjekt, sondern stets eine objektive Institution, ein Inbegriff von Geschäften⁸⁾. Allein dem Bürger gegenüber erscheine das Organ - "gewissermaßen die konkrete Manifestation des Staates"⁶⁾ - als Subjekt von Hoheitsrechten. In Wahrheit sei es niemals selbständig berechtigtes Subjekt, "nur der Staat ist das wirkliche

1) Staatslehre S. 559

2) Staatslehre S. 562

3) Staatslehre S. 561

4) Schornstein, Organpersönlichkeit S. 19

5) Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 94, 366

6) Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 366

7) Laband AcP 73, 161 (187 f.)

8) Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 365

Rechtssubjekt aller Hoheitsrechte; Amtsgewalt ist nichts anderes als Staatsgewalt" ¹⁾).

Jellineks Organtheorie hat zahlreiche Anhänger gefunden ²⁾
Forsthoff bezeichnet sie als heute herrschende Auffassung ³⁾.
Es hat natürlich nicht an weiteren Vorschlägen zur Lösung
des Organproblems gefehlt ⁴⁾, die sich aber nicht durchzu-
setzen vermochten, so daß auf ihre Darstellung verzichtet
werden kann.

3. Die Einheit von Staat und Organ

a) Das Organ als Institution

Wir müssen uns hauptsächlich von der Anschauung lösen, daß
mit dem Begriff "Organ" die einzelnen Beamten, Richter, Ab-
geordneten usw., also die physischen Organträger gemeint
seien. Um die Kontinuität des Staatslebens zu sichern, ist
es vielmehr erforderlich, daß die Aufgaben der Staatsge-
walt auf dauernde, von der Individualität und vom Wechsel
ihrer Träger unabhängige Institutionen verteilt werden ⁵⁾.
Organ ist gewissermaßen die Abstraktion der für den Staat
innerhalb einer bestimmten Kompetenz tätigen Personen ⁶⁾, es
ist, wie Wolff es nennt ⁷⁾, "institutioneller Inbegriff von

- 1) Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 366
- 2) Literaturnachweise bei Schornstein,
Organpersönlichkeit S. 22 Anm. 20
- 3) Verwaltungsrecht S. 392; Forsthoff glaubt sich aber
eines näheren Eingehens auf "diese wesentlich der all-
gemeinen Staatslehre angehörende Problematik" durch den
Hinweis auf den Arbeitscharakter der Verwaltung enthoben.
Den Organbegriff erklärt er für entbehrlich (er spricht
statt dessen von "Institution" - S. 393), er kommt je-
doch sachlich zu denselben Ergebnissen wie G. Jellinek.
- 4) z. B. Rühls Lehre von der Doppelpersönlichkeit des Staa-
tes (Rühl, Zur Konstruktion der Rechtsbeziehungen)
- 5) Küchenhoff, Staatslehre S. 74
Thoma, Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 607 (611 ff.)
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 35
- 6) Bloch, Über Organschaft S. 77
- 7) Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 35

Wahrnehmungszuständigkeiten"¹⁾. Von dieser Vorstellung geht auch das Grundgesetz aus, wenn es in Art. 20 Abs. 2 zunächst von Organ spricht, die Organträger selbst aber erst später (Art. 38, 51, 54, 62, 97, 98) nennt²⁾. Der Organträger ist, da die abstrakte Institution ja nicht willens- und handlungsfähig ist, "Verwalter des Staatsorgans"³⁾; neuerdings bürgert sich deshalb an Stelle des immerhin zweideutigen Begriffs "Organträger" der treffendere Ausdruck "Organwalter" ein⁴⁾.

Gegen die Institutionalisierung der Organe meldet insbesondere Kelsen Bedenken an. Er findet es wenig sinnvoll, wenn man die für den Staat geschaffenen Organe, um ihn handlungsfähig zu machen, institutionalisiert, weil man dann diesen Organen im Menschen wiederum ein Organ schaffen müsse⁵⁾. Seine Bedenken greifen indessen nicht durch, und auch die von Schornstein vorgebrachte Argumentation, im bürgerlichen Recht sei es eine bekannte Erscheinung, daß z.B. der Vorstand einer Aktiengesellschaft ausschließlich aus juristischen Personen bestehe⁶⁾, trifft den Kern nicht. Institu-

- 1) Ähnlich ist die bereits wiedergegebene Formulierung Labands; vgl. S. 13 Anm. 8
- 2) Werténbruch JVBl 1962, 73
- 3) Thoma, Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 607 (611)
- 4) Werténbruch JVBl 1962, 73
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 42
- 5) Hauptprobleme S. 523 ff. (S. 524: Organ ist identisch mit Organträger);
G. Jellinek, Staatslehre S. 562 Anm. 1, lehnt es ebenfalls ab, die Organe als abstrakte Institutionen aufzufassen, da dann der Staat, der nur durch die Gesamtheit seiner Institutionen handelt, selbst eine willenlose und handlungsunfähige Institution und deshalb keine Person wäre. Jellinek unterscheidet nur zwischen dem, was der Organwalter als Organ und was er als Individuum verrichtet (Staatslehre S. 561 Anm. 2); aus der Trennung von Individualrecht und Organstellung erklärt er die Kontinuität des Staatslebens (Staatslehre S. 562 f.). Jellinek stellt damit seine eigene Trennung von Organ und Organträger in Frage, so daß Kelsen (aaO) behaupten konnte, nach Jellineks Lehre sei das Organ doch nichts anderes als der Organträger; diese Behauptung bezeichnet Jellinek (Staatslehre S. 562 Anm. 1) wiederum als unbegründet.
- 6) Schornstein, Organpersönlichkeit S. 101

tionalisierung bedeutet nicht die Schaffung von Rechtspersönlichkeiten, sondern von ständigen, vom Wechsel der für sie tätigen Personen unabhängigen und insofern abstrakten Einrichtungen. Die Organwalter sind nicht Organe der Staatsorgane, vielmehr ist das Handeln der Organwalter innerhalb der Organkompetenz unmittelbares staatliches Handeln.

Besonders augenfällig wird die Trennung von Organ und Organwaltern bei Kollegialbehörden oder gar bei einem Kollegialorgan wie dem Parlament, Dagegen fällt es schwerer sich vorzustellen, daß "Der Bundespräsident" oder "Der Bundeskanzler" sowohl eine organschaftliche Institution, die stets primär da sein muß, als auch eine physische Person sind. Die Institution und ihre Kompetenz ergeben sich aus der Verfassung¹⁾. Daß die Institution zur Wahrnehmung der Kompetenzen mit Menschen "versehen", "ausgefüllt" werden muß, versteht sich von selbst. Es hat nur dann Sinn, die Institutionen "Der Bundespräsident", "Der Bundestag", "Das Bundesverfassungsgericht" als existent anzusehen, wenn Menschen berufen sind, die darin zusammengefaßten Kompetenzen wahrzunehmen. Die Frage, ob ein Organ auch existent sein kann, ohne daß ein oder mehrere Organwalter dafür bestellt sind, ist müßig. Ein Staat, der nur auf dem Papier steht, ist kein Staat. Zum Staate gehört die Ausübung der Staatsgewalt durch den Menschen. Das heißt aber nicht, daß die Organe mit den Organwaltern identisch sind. Nicht der Finanzbeamte Müller erläßt einen Steuerbescheid, sondern das Finanzamt Köln; nicht der Amtsrichter Schmitz fällt ein Urteil, sondern eine Abteilung des Amtsgerichts Düsseldorf; zu gegenseitiger Rechts- und Amtshilfe (Art. 35 GG) sind die Behörden, nicht die einzelnen Organwalter verpflichtet²⁾. Handeln können natürlich nur Menschen, jedoch kommt es im Bereich des staatlichen Handelns nicht auf ihre Individualität an. Nur von

1) Bei den unmittelbaren Organen (Jellinek, Staatslehre S. 544); beruht die Organstellung nicht auf der Verfassung, sondern auf einem individuellen, eventuell gesetzlichen Auftrag, so spricht man von mittelbaren Organen (Jellinek aaO S. 557).

2) Wertenbruch JVB1 1962, 73 (74)

der Individualität der für sie tätigen Personen sind die Organe unabhängig, nicht von menschlicher Tätigkeit überhaupt¹⁾. Organ und Organwalter bedingen sich gegenseitig; sie sind aber begrifflich scharf zu trennen, da erst dann ihr grundverschiedenes Verhältnis zum Staat verständlich wird.

b) Staat und Organ

Staat und Organ können niemals in ein Rechtsverhältnis eintreten²⁾, denn sie bilden eine unlösliche juristische Einheit³⁾; schon deswegen hat das Organ keine eigene Rechtssubjektivität. Das Organ stellt innerhalb seiner Kompetenz den Staat dar⁴⁾, nur in seinen Organen ist der Staat "faßbar", und so haben wir uns daran gewöhnt, in den Organen die Subjekte der hoheitsrechtlichen Befugnisse zu sehen: nur dem Finanzamt zahlen wir Steuern, allein das Gericht können wir um Rechtsschutz angehen⁵⁾. Diese Anschauung - das Finanzamt als Steuergläubiger, das Gericht als Rechtsschutzgewährer - ist falsch. Sie kann nur dann gutgeheißen werden, wenn sie sich mit der richtigen Vorstellung verbindet, daß das Subjekt der Staatsgewalt stets der Staat als die Hoheitsperson bleibt⁶⁾, der "in Gestalt" des Finanzamts Steuern eintreibt, "in Gestalt" des Gerichts Recht spricht. Die Organe sind Erscheinungsformen des Staates⁷⁾, und so können wir uns den Vorwurf Schloßmanns, aus der Organe-theorie ergäbe sich die vollständige Aufsaugung der Organe durch die juristische Person⁸⁾, getrost als richtige Erkenntnis zu eigen machen, wenn wir unter Organ - im Gegen-

1) Damit entfallen auch Jellineks Bedenken gegen die Institutionalisierung der Organe.

2) Hatschek, Staatsrecht S. 7

3) Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage S. 240
Philipp, Diss. S. 60

4) G. Jellinek, System S. 227
Laun, Staatslehre S. 64

5) G. Jellinek, System S. 231

6) G. Jellinek, Staatslehre S. 561 Anm. 1
Wertenbruch JVB1 1962, 73

7) Popitz, Diss. S. 22

8) Schloßmann, Iherings Jahrbücher Bd. 44, 289 (300)

satz zu Schloßmann - die Institution und nicht den Organwaller verstehen.

Der von der Vertretertheorie angestellte Vergleich der juristischen Person mit einem Geschäftsunfähigen geht fehl; dieser lebt auch ohne Vormund fort, jene kann ohne ihre Organe nicht existieren. Wir wollen dies verdeutlichen. Nach der Vertretertheorie bleibt der Staat bei Fortfall sämtlicher Organe bestehen. Wie aber soll dann das erste Organ, das wieder für den Staat tätig werden soll, mit diesem in ein Rechtsverhältnis eintreten können? Wer auf Seiten des Staates knüpft die Rechtsbeziehung zu dem Organ? Dazu bedürfte es doch gerade eines Organs, und somit zeigt sich, daß der Staat erst mit dem Vorhandensein von Organen rechtliche Existenz erhält¹⁾. Nur in Gestalt der Organe kann der Staat Berechtigungs- und Verpflichtungssubjekt sein, ohne daß es sich - es sei wiederholt - um Rechte und Pflichten der Organe handelt. Am treffendsten ist immer noch der Vergleich der Organe mit der Hand oder dem Mund des Menschen (oben S. 13); wie der Mensch zum Leben seiner Organe, seines Körpers bedarf, so kann der Staat "nur vermittelt seiner Organe existieren; denkt man die Organe weg, so bleibt nicht etwa noch der Staat als Träger seiner Organe, sondern ein juristisches Nichts übrig"²⁾.

Von dieser Grundlage aus können wir auch die Frage nach der Rechtspersönlichkeit der Organe beantworten. Wenden wir uns zunächst noch einmal Otto von Gierke zu, der ja die Persönlichkeit der Organe, wenn auch nur als Teilpersönlichkeit, bejaht. Mit welcher widerspruchsvollen Behauptungen Gierke seine Lehre untermauert, mag aus folgender Gegenüberstellung hervorgehen. Er spricht in "Labands Staatsrecht" (S. 44) von subjektiven Rechten und Pflichten der Organpersönlichkeit als solcher und führt in derselben Abhandlung drei Seiten weiter aus: "Das Organ ist als solches eigener Rechte gar nicht fähig..."!

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 391

2) G. Jellinek, Staatslehre S. 560

So nennt es Kelsen¹⁾ rätselhaft und beim besten Willen unverständlich, wie die Organperson einerseits als rechtlich organisatorischer Bestandteil der Gesamtperson in ihren Rechten und Pflichten von dieser in keiner Weise loslösbar, andererseits als selbständige Person mit subjektiven Rechten und Pflichten gegen den Organismus von diesem getrennt erscheinen könne. Und es ist ihm zuzustimmen, wenn er als einzige Antwort der organischen Staatslehre auf diesen Widerspruch die Kennzeichnung der besonderen Beziehung zwischen Organismus und Organ als einer "organischen" hinstellt, indem er sich auf Preuß beruft: "Wem freilich dieser Grundgedanke der Einheit in der Vielheit eine unvollziehbare Vorstellung ist, dem wird die organische Theorie in ihrem Wesen stets mißverständlich bleiben, aber er muß auch verzichten auf jedes Verständnis für das organische Leben überhaupt; denn dies: die Einheit in der Vielheit ist das Charakteristikum des Gattungsbegriffes Organismus."²⁾

Damit gelangt die organische Theorie an einen Punkt, von dem aus jede weitere Diskussion unmöglich erscheint. Ihr Fehler liegt in ihrem Ansatzpunkt. Otto von Gierke sagt selbst, daß das Organ keine juristische Person ist; damit entbehre es aber noch keineswegs der Rechtssubjektivität überhaupt. Wir müssen dem unsere eingangs getroffene Feststellung entgegenhalten, daß nur die Person Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Das Organ ist kein Rechtssubjekt, und es trifft nicht zu, daß - wie Thoma behauptet³⁾ - "zwischen den Organpersönlichkeiten ... ein reich entfaltetes System von gegenseitigen subjektiven Pflichten und Rechtsbefugnissen" besteht. Das Grundgesetz scheint freilich auf den ersten Blick die gegenteilige Auffassung, daß nämlich die Kompetenz ein subjektives Recht sei, zu bestätigen, spricht es doch in Art. 93 Abs. 1 Ziff. 1 von

1) Hauptprobleme S. 700

2) Preuß, Iherings Jahrbücher Bd. 44, 429 (453)

3) Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 607 (614)

Rechten und Pflichten der Staatsorgane, die verletzt und - von dem verletzten Organ selbst - verteidigt werden können¹⁾.

H. J. Wolff lehrt uns²⁾, daß es zwischen Kompetenz und Zuständigkeit zu unterscheiden gelte, die meist als gleichbedeutende Begriffe gebraucht würden und in der Tat auch eng zusammengehörten. Er führt hierzu aus: "In bezug auf die (Grenzen der) Befugnis und Verbindlichkeit zur Wahrnehmung von Geschäften durch ein Subjekt wird überwiegend von dessen Zuständigkeit, im Hinblick auf den Inhalt der wahrzunehmenden Verpflichtungen und Berechtigungen und deren Gegenstände, die Geschäfte meist von Kompetenz gesprochen. Terminologische Ökonomie und gedankliche Klarheit empfehlen, den Ausdruck Kompetenz dem Gegenstand der Zuständigkeit vorzubehalten." Die von den Organen wahrzunehmenden Geschäfte sind Staatsgeschäfte, Staatsakte; subjektiv berechtigt und verpflichtet ist allein der Staat. Wird dies beachtet, so mag man von der Kompetenz als subjektivem Recht - dessen Subjekt aber der Staat bleibt³⁾ - reden. Geht es jedoch um Zuständigkeitsfragen wie bei den Organstreitigkeiten des Art. 93 Abs. 1 Ziff. 1 GG (Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten), müssen subjektive Rechte außer Betracht bleiben.

Subjektives Recht ist ein "von der Rechtsordnung anerkanntes Individualinteresse"⁴⁾. Welches individuelle Interesse aber sollten die Organe an der Wahrung ihrer Zuständigkeiten haben? Die Verteilung der staatlichen Funktionen und Tätigkeiten auf verschiedene, voneinander getrennte Organe

1) Vgl. §§ 63, 64 BVGG;
in diesem Sinne auch Jerusalem, Staatsgerichtsbarkeit S. 53: "Indem die Staatsgerichtsbarkeit zwischen Organen wegen ihrer Kompetenz unterscheidet, hat die Reichsverfassung die Betätigung der staatlichen Organe insoweit als Gegenstand subjektiver Rechte anerkannt, als jene die Befugnis haben, ihre Kompetenzen gegenüber anderen Organen... zu verteidigen."

2) Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 12

3) G. Jellinek, Staatslehre S. 561 Anm. 1
Wertenbruch JVBl 1962, 73

4) G. Jellinek, System S. 70

ist nicht Selbstzweck, sie geschieht nicht um der Organe willen, sondern dient einzig und allein dem Staat zur Durchführung seiner Aufgaben. Das Interesse an der Einhaltung der Kompetenzen liegt also beim Staat selbst.

Da aber der Staat nur durch seine Organe handeln kann, können auch nur die Organe die Einhaltung der Kompetenzen überwachen und sich gegenseitig kontrollieren. Die Rechte und Pflichten der Staatsorgane, um die bei den Organstreitigkeiten gerungen wird, sind nichts anderes als Fiktionen¹⁾; sie nehmen nur "den täuschenden Schein subjektiver Rechte"²⁾ an, im Grunde jedoch geht es dabei um die Selbstverwirklichung des Staates, um die Aufrechterhaltung bzw. Wiedergewinnung der staatlichen Ordnung, um die rechtliche Durchdringung des Staates, in der Auseinandersetzung der Organe somit um objektives Recht.

Da die Organe innerhalb ihrer Kompetenz den Staat darstellen, ist es wenig sinnvoll, die Kompetenz als subjektives Recht aufzufassen, hätten wir es doch dann mit Rechten einer Person gegen sich selbst zu tun - dies wäre wieder der ungelöste Widerspruch der Gierkeschen Lehre.

Der Staat bedient sich seiner Organe nicht nur, um nach außen anderen Personen gegenüberzutreten, sei es dem Bürger, sei es von ihm geschaffenen oder sanktionierten juristischen Personen, oder sei es gar anderen Staaten, sondern auch, um sein eigenes inneres Gefüge zu errichten und zu bewahren. Die Organe haben infolgedessen eine Zwitterstellung, und zumeist geht die Erfüllung der beiden Aufgaben Hand in Hand, weswegen auch eine allseits befriedigende Abgrenzung der Verwaltungs- von der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht recht glücken will³⁾ und man zum Enumerationsprinzip (§ 13 BVGG) zu greifen gezwungen ist. In keinem Fall jedoch - weder in der Wahrnehmung der

1) Diese Fiktionen wurden aufgestellt, um einen Parteistreit zu ermöglichen.

2) G. Jellinek, System S. 231

3) Friesenhahn DV 1949, 478 (479): "Die Grenze zwischen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Staatsgerichtsbarkeit ist fließend."

staatlichen Kompetenzen nach außen (Verwaltungsgerichtsbarkeit) noch in der Abgrenzung der Zuständigkeiten gegenüber anderen Organen (Verfassungsgerichtsbarkeit) - sind die Organe subjektiv berechtigt oder verpflichtet, es hat nur den Anschein, als seien sie es. Auch die sog. Verfassungsorgane haben kein "substantielles Interesse" an der Achtung und Einhaltung ihrer Zuständigkeiten¹⁾, sie "verkörpern" zwar spezifische Interessen, aber eben keine eigenen, sondern solche des Staates, und es ist insofern kein Unterschied zu den sog. mittelbaren Organen ersichtlich.

Wir dürfen festhalten: Im Verkehr mit Dritten stellen die Organe den Staat dar, Zuständigkeitskonflikte im innerorganisatorischen Bereich sind Streitigkeiten innerhalb einer (juristischen) Person, also über objektives Recht²⁾. Die Kompetenz ist kein subjektives Recht, den Organen kommt keine Rechtspersönlichkeit zu.

c) Die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Organwalter

Sind Staat und Organ eine Einheit, so steht im Organwalter dem Staat eine selbständige, von ihm geschiedene Persönlichkeit gegenüber, so daß zwischen beiden mannigfaltige Rechtsverhältnisse nicht nur möglich, sondern auch notwendig sind³⁾. Otto von Gierke, der die Trennung Organ - Organwalter nicht vollzieht, spricht in diesem Zusammenhang von individuellen Rechtsverhältnissen zwischen dem Staat und der "freien" Persönlichkeit des Beamten⁴⁾, und in der Tat handelt es sich bei diesen dienstrechtlichen Beziehungen um den Rechtskreis Staat - Bürger, allerdings tritt der Organ-

1) Wie es ihnen Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (53), "unter Umständen" einräumen will.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 396

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 391

G. Jellinek, Staatslehre S. 562
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 25 f., unterscheidet das dienstrechtliche Grundverhältnis, das Amtswalterverhältnis und die Amtsstellung.

4) Grundbegriffe S. 128

walter in eine besonders enge verwaltungsrechtliche Beziehung zum Staate ("öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis")¹⁾.

Der Organwalter hat eigene subjektive Rechte gegen den Staat. Wer zum Organwalter bestellt ist, hat ein Recht auf Organstellung²⁾. Umgekehrt liegt aber auch die Pflicht, innerhalb des organschaftlichen Wirkungskreises in Tätigkeit zu treten, in der Individualsphäre, sie kann nicht das Organ, sondern nur die Organwalter treffen³⁾. In vielen Fällen ist die Dienstpflicht disziplinarisch oder gar strafrechtlich sanktioniert; die Rechtsfolge (Verpflichtung zum Schadensersatz, Disziplinarstrafe, strafrechtliche Verfolgung) kann sich nur für den Organwalter, nicht für das Organ ergeben⁴⁾. Dabei reicht die Pflicht des Organwalters so weit, wie ihm die Befugnis zur Ausübung der dem Organ verfassungsmäßig zustehenden und in ihm lokalisierten Kompetenz ausdrücklich übertragen ist⁵⁾. Was in der "dienstlichen Sphäre" die Pflicht des Organwalters dem Staat gegenüber ist, erscheint in der "amtlichen Sphäre" nach außen hin als dem Staat eigenständige Berechtigung bzw. Verpflichtung⁶⁾; wir finden bestätigt, daß der einzelne Organwalter Dritten gegenüber keine eigenen Rechte wahrnimmt⁷⁾, wie auch umgekehrt der Bürger keine Rechte gegen den Organwalter, sondern nur gegen den Staat haben kann.

- 1) Schornstein, Organpersönlichkeit S. 104, weist mit Recht darauf hin, daß wir es hier mit einer Erscheinungsform des "verwalteten Staatsbürgers" zu tun haben, weshalb das Dienstrecht auch Teil des Verwaltungsrechts ist.
- 2) G. Jellinek, Staatslehre S. 561
- 3) Helfritz, Staatsrecht S. 91 f.
- 4) Helfritz, Staatsrecht S. 92
G. Jellinek, Staatslehre S. 562
- 5) Jerusalem, Staatsgerichtsbarkeit S. 59 f.
Schornstein, Organpersönlichkeit S. 104
- 6) Eine Amtspflicht des Organwalters besteht nur gegenüber dem Staat, und so ist es zumindest irreführend, wenn in Art. 34 S. 1 GG von der Verletzung einer "einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht" die Rede ist.
- 7) Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 30

4. Kompetenzwidriges Organhandeln

Wir haben das Organ als Erscheinungsform des Staates kennengelernt, mit der Einschränkung allerdings, daß es den Staat nur innerhalb einer gewissen Kompetenz darstellt. Die Kompetenzen aller Organe zusammen ergeben die umfassende Verpflichtungs- und Berechtigungsfähigkeit der Rechtsperson "Staat".

Aus dieser Feststellung folgt aber, daß als Staatswille nur der innerhalb der Kompetenz geäußerte Organwille anzuerkennen ist¹⁾. Eine Überschreitung der Kompetenz durch den Organwaller vermag lediglich eine Individualhandlung, nicht dagegen eine Staatshandlung zu erzeugen²⁾. Ebenso ist eine rechtswidrige Handlung des Organwalters innerhalb seiner Kompetenz zu beurteilen³⁾. Der Staat ist dem Recht verpflichtet, und alle Organe unseres Staates sind durch Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht bzw. an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden; ein rechtswidriges Handeln ist deshalb genauso kompetenzwidrig wie ein kompetenzüberschreitendes. Beide Male ist das Handeln nicht durch die

1) G. Jellinek, System S. 243: "Nach der Strenge des Rechtsgedankens wäre das kompetenzwidrig sich verhaltende Organ überhaupt, soweit die Kompetenzwidrigkeit reicht, nicht als solches zu betrachten."
Popitz, Diss. S. 23

2) Bloch, Über Organschaft S. 75, 77
Dieser Gedanke findet sich klar ausgeprägt auch bei Kelsen, Reine Rechtslehre S. 156: "... wird das Individuum, sofern es den Unrechtstatbestand setzt und so ein nicht ermächtigtes Verhalten an den Tag legt, daher außerhalb seiner Kompetenz handelt, nicht als Gemeinschaftsorgan, sein Verhalten nicht als Organfunktion gedeutet."

Mit Kelsens Lehre vom Staat und seinen Organen können wir uns im übrigen freilich nicht identifizieren - vgl. oben S. 10 f.. Auch bedeutet die hier vertretene Auffassung, ein kompetenzwidriges Handeln könne kein Staatshandeln sein, keine Konzession an die Vertretertheorie ("falsus procurator"); es können sich aber gewisse Gemeinsamkeiten ergeben, so können "Repräsentation" und "Vertretung" in "Darstellung" einen gemeinsamen Oberbegriff haben.

3) Bloch, Über Organschaft S. 75

Kompetenz und nicht durch die Amtspflicht des Organwalters gedeckt und kann deshalb auch kein staatliches Handeln sein.

Aus dieser Erkenntnis gewinnen wir die richtige Ausgangsposition für die Beantwortung unserer Frage, wer in der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit vor dem Richter steht. Man findet gelegentlich in der Literatur die Formulierung, es sei eine den Rechtsstaat besonders kennzeichnende Einrichtung, daß der Staat vor seinen eigenen Gerichten Recht nehme¹⁾. Aber diese Formulierung scheint mir unrichtig und läßt die berühmte Streitfrage, wie der Staat zugleich Partei und Richter sein könne²⁾, ungelöst.

Wo der Staat als Richter steht, kann begrifflich der Staat nicht als Partei beteiligt sein. Es ist auch logisch ausgeschlossen, daß ein von einer höheren Instanz aufgehobenes Urteil noch als Staatsakt angesehen wird. Gerade dieses Beispiel des Instanzenzuges zeigt, worum es bei der angeblichen Beteiligung des Staates bei der Rechtsprechung in der Rolle der Partei eigentlich geht. Die Frage, die in jeder höheren Instanz gestellt wird, ist die, ob das erstinstanzliche Urteil als vom Staat ergangen angesehen werden darf. Und ebenso ist es bei der Überprüfung eines Verwaltungsaktes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und bei der Überprüfung der Kompetenzeinhaltung in der Verfassungsgerichtsbarkeit; stets wird darüber geurteilt, nicht ob der Staat richtig und gerecht gehandelt hat, sondern ob die einzelne Handlung des einzelnen Organwalters bzw. bei Kollegialorganen der einzelnen Organwalter gerecht, dem dem Recht verpflichteten Staate gemäß ist.

1) Kollmann DÖV 1953, 600
vgl. auch S. 2 Anm. 5

2) Bettermann, Die Grundrechte Bd. III, 2 S. 523 (528 f.)
Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (31 f.)
R. von Hippel, Strafprozeß S. 229
G. Jellinek, System S. 228
Maunz, Die Stellung des Staates S. 394
Rühl, Zur Konstruktion der Rechtsbeziehungen S. 70
BVGE 4, 331 (346)

Wer für den Staat tätig ist, muß daraufhin überprüfbar sein, ob sein Handeln gerecht ist. Nur gerechtes Handeln darf dem Staat als Staatshandeln zugeschrieben werden¹⁾. So ist alle Rechtsprechung Selbstverwirklichung des Staates auf dem Wege zur Gerechtigkeit. Kompetenzüberschreiten- des und rechtswidriges Handeln kann lediglich als Staats- handeln gelten, gerechtes Handeln allein ist Staatshandeln.

Was nun gerecht ist und was nicht, dies zu erkennen ist dem Menschen oft verwehrt, und so haben alle Staatsakte - mit Ausnahme der nichtigen und der sog. Nicht-Staatsakte - zu- nächst einmal die Vermutung der Rechtmäßigkeit und damit Wirksamkeit für sich; denn, und das kommt hinzu, es ist nicht nur Aufgabe des Staates, "Rechtsvermittler"²⁾ zu sein, sondern er muß auch eine materiale Ordnung errich- ten und bewahren³⁾. Daß diese Ordnung auf ihre Rechtmäßig- keit hin überprüft werden kann, macht den formalen Rechts- staat aus.

Alle Überprüfungsmöglichkeit freilich hat ihre Grenze. Not- gedrungenermaßen muß es eine letzte Instanz geben, und von deren Entscheidungen wird es letzten Endes abhängen, inwie- weit das Recht im Staate verwirklicht wird. Aber auch die Akte der letzten Instanz sind nur dann Staatsakte, wenn sie dem Recht⁴⁾ entsprechen. Dem Recht zuwiderlaufende Akte auch der letzten Instanz können wiederum lediglich als Staatsakte gelten. Inwieweit solche Staatsakte für den Bür- ger verbindlich sind, ob er in Zweifelsfragen Unbilligkei- ten um der Ordnung willen in Kauf nehmen muß bzw. wann ein Verstoß gegen die Gerechtigkeit so schwerwiegend ist, daß

1) Reuß JR 1963, 1 (4): "... zu erkennen, daß nicht notwen- dig jedes behördliche Verhalten echter Ausdruck des Wil- lens des Staates ist. Die Abweichung einer Behörde vom Gesetz ist auch eine Abweichung vom wahren Staatswillen, der seinen unverfälschten Niederschlag gerade in der Rechtsordnung findet. Nur soweit die Behörden sich in den Bahnen des Rechtes bewegen, verwirklichen sie den echten, unverfälschten Willen des Staates."

2) Ad. Arndt, Schmid-Festgabe S. 5 (11)

3) Vgl. hierzu unten S. 35 ff.

4) Im Sinne des der Verfassung vorgegebenen Rechts, des Na- turrechts, nicht im Sinne einer normativen Ordnung.

der Bürger der fraglichen Anordnung nicht nur nicht zu folgen braucht, sondern zum Widerstand geradezu verpflichtet ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern hängt im Einzelfall von der Gewissensentscheidung des betroffenen Bürgers ab. Im übrigen kann diesen Fragen des Widerstandsrechts hier nicht weiter nachgegangen werden; es sei nur soviel noch bemerkt, daß berechtigter Widerstand sich niemals gegen den Staat richtet, sondern nur gegen die Machthaber im Staate¹⁾.

Es ist Aufgabe des Staates, eine gerechte Ordnung zu schaffen, um dem Menschen ein seiner Würde entsprechendes Leben zu ermöglichen. Dem Recht zuwiderlaufendes Handeln ist kein Staatshandeln. In der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit steht somit nicht der Staat vor dem Richter²⁾, der zu beurteilen hätte, ob der Staat gerecht oder ungerecht gehandelt hat, sondern der Richter hat jeweils nur eine Handlung, die sich als Staatshandlung ausgibt, daraufhin zu untersuchen, ob sie von der Verfassung bzw. von den Gesetzen gedeckt wird und gerecht ist, ob sie wirklich Staatshandlung sein kann und darf. Nicht der Staat steht vor Gericht, sondern der einzelne Organwalter, dessen Handlung überprüft wird, ob sie - dem Staate gemäß - diesem zugerechnet und als Staatshandlung angesehen werden darf.

Wir haben oben aufgezeigt, daß die Pflicht des Organwalters dem Staate gegenüber nach außen hin als Verpflichtung bzw. Berechtigung des Staates erscheint, daß sich die dienstliche und die amtliche Sphäre entsprechen. Auch daran wird deutlich, daß eine ungerechte Handlung kein Staatsakt sein kann, denn sie würde, da alle Organwalter an Gesetz und Recht gebunden sind, einer Dienstverletzung entspringen. Alle Rechtsprechung - mit Ausnahme der erstinstanzlichen Zivilrechtsprechung - ist daher in erster Linie Kontrolle der Organwalter³⁾ und im Ergebnis dann Selbstkontrolle des Staates.

1) Wertenbruch, von Hippel-Festgabe S. 318 (329 f.)

2) Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (57)

3) ausführlich hierzu unten S. 56 - 81

Diese Kontrolle der Organwalter ist natürlich keine individuelle Kontrolle des einzelnen Beamten, Richters oder Abgeordneten, sondern des institutionalisierten Organs, in dessen Namen ein Organwalter gehandelt hat. Der einzelne Organwalter erscheint nicht als Partei, er ist lebendiger (personaler) Teil des institutionalisierten Organs, aber es ist physisch "seine" Handlung, die daraufhin überprüft wird, ob sie Staatshandlung ist.

Es ist somit im Grunde nicht nötig, daß der Richter vom Staate oder von anderen Staatsorganen unabhängig ist. Der Richter muß letztlich nur seine Unabhängigkeit gegenüber anderen Organwaltern wahren.

II. Rechtsprechung und richterliche Unabhängigkeit

1. Die Gewaltenteilungslehre

Das rechte Verständnis für die Rechtsprechung und somit auch für die richterliche Unabhängigkeit kann nur aus der Gewaltenteilungslehre gewonnen werden, d.h. in der Abgrenzung zu den übrigen Staatsfunktionen.

Die Gewaltenteilungslehre gehört seit einiger Zeit zu den grundlegenden Problemen der Staatslehre und des Staatsrechts, so daß ihr in der Literatur eine überragende Bedeutung beigemessen wird. Umso bedauerlicher ist es aber, daß es eine einheitliche Auffassung von der Gewaltenteilung nicht gibt, daß im Gegenteil auf fast keinem Gebiet die Meinungen so weit auseinandergehen wie hier. Wie weit die Skala der Zustimmung zur Gewaltenteilung (Kriterium des Verfassungsstaates, Kennzeichen des Rechtsstaates) bzw. ihrer Ablehnung (mißverstandenes Problem der Funktionenlehre) reicht, hat Kägi in seiner Dissertation mit vielen Nachweisen belegt¹⁾; er selbst kommt zu dem Ergebnis, daß das Gewaltenteilungsprinzip keine Kategorie, sondern lediglich eine empirische Koordinationsform (des prinzipiellen Mißtrauens - *méfiance organisée*) sei²⁾.

Sobald von Gewaltenteilung die Rede ist, denkt man an Montesquieu³⁾ und die "klassische" Dreiteilung der Gewalten, und dies mit einer starken Berechtigung, findet sich doch in den Fundamentalnormen unserer Verfassung⁴⁾ ebenfalls die Dreiteilung der Gewalten⁵⁾, so daß das Bundes-

1) Gewaltenteilungsprinzip S. 10 f.

2) aaO S. 243, 248

3) De l'Esprit des Loix, Buch XI, Kap. 6

4) Art. 1 und 20 GG

5) Wenn auch in anderem Sinne als bei Montesquieu; seine drei Gewalten sind (Buch XI, Kap. 6):
la puissance législative,
la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens,
et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil (la puissance de juger).

verfassungsgericht sie zu den grundlegenden Prinzipien einer rechtsstaatlichen Herrschaftsordnung rechnet¹⁾. Die Bedeutung der Gewaltenteilung sieht das Bundesverfassungsgericht in der politischen Machtverteilung und der daraus resultierenden Mäßigung der Staatsherrschaft²⁾, ganz im Sinne des Montesquieu'schen "que le pouvoir arrête le pouvoir"³⁾, also in der Verhinderung von Machtkonzentration und Machtmißbrauch durch wechselseitige Kontrolle⁴⁾; somit wird die Gewaltenteilung zum Garanten der bürgerlichen Freiheit⁵⁾. Ist man sich über die Notwendigkeit einer Gewaltenhemmung durch Gewaltentrennung in einem System von "checks and balances" im wesentlichen einig, so besteht über die Ausgestaltung dieser Gewaltentrennung alles andere als Klarheit. Zwei Einwände sind es vor allem, die gegen die klassische Dreiteilung vorgebracht werden. Das Grundgesetz führe die Gewaltenteilung nicht streng durch, und es seien andere - sich gegenseitig hemmende - Gewalten in der Verfassungswirklichkeit vorherrschend als Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung.

- 1) BVGE 2, 1
vgl. auch Wertenbruch DRpflZ 1963, 49: "... tragendes Fundament des modernen (westlichen) Rechtsstaates."
- 2) BVGE 3, 225 (247)
- 3) Buch XI, Kap. 4
- 4) Bachof, Grundgesetz und Richtermacht S. 36
Bonner Kommentar (Wernicke) Art. 20 Erl. II 2 g
Bettermann NJW 1947/48, 217
v. Mangoldt - Klein Art. 20 GG Anm. V 5 b
Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat S. 338
Maunz, Staatsrecht S. 63
Maunz - Dürig Art. 20 GG Randn. 78
Peters, Gewaltentrennung S. 6
Wertenbruch JVB1 1962, 73 (74 f.)
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 57 f.
- 5) Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 64
Imboden, Montesquieu und die Lehre der Gewalten-
trennung S. 11
Küster AÖR 75, 397 (401)
Peters, Gewaltentrennung S. 8, 23
Werner, Juristen-Jahrbuch Bd. 1 S. 68 (70)

a) Moderne Gewaltenteilungslehren

So sieht insbesondere Hans Peters in der bisherigen klassischen Gewaltentrennung nur mehr einen, zudem sekundären Baustein unseres Verfassungsrechts; er will den "ewig wahren Kern von Montesquieus Lehre" von jener "zeitgebundenen Verteilung der Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsaufgaben auf drei voneinander unabhängige Gruppen von Staatsorganen" loslösen und zu einer "andersgearteten Gewaltenaufteilung" finden¹⁾. Denselben Weg geht Kägi; auch für ihn ist die klassische Dreiteilung nicht die einzige und wichtigste Form der Gewaltenteilung²⁾, wenngleich sie Ausgangspunkt der Gewaltenteilung als umfassender Ordnungs-idee bleibe³⁾.

An neuen, unser Staatsleben beherrschenden Arten der Gewaltenteilung werden von Peters⁴⁾ und Kägi⁵⁾ angeführt: das Prinzip des Föderalismus (vertikale Gewaltenteilung), der Dualismus von Verfassungsgeber und gewöhnlichem Gesetzgeber, das Zweikammersystem, die innere Gewaltenteilung der Exekutive (Staatspräsident - Regierung; Kabinett - Minister), die Gewaltenteilung in der Zeit (Begrenzung der Amtsdauer der politischen Organwalter), der Mehrparteienstaat (Regierung - Opposition), die klare Zuständigkeitsabgrenzung der zahlreichen Behörden, die kommunale Selbstverwaltung, der Dualismus von Kirche und Staat, das Bestehen einer Militärs neben der Zivilgewalt. Denken wir noch daran, welche wichtige Rolle die Sozialpartner und die Verbände in unserem staatlichen Leben spielen⁶⁾, so haben wir das Bild eines gegenüber der klassischen Gewaltenteilung viel komplizierteren und sicher auch recht wirksamen System der "checks

- 1) Peters, Gewaltentrennung S. 24
vgl. auch: Forsthoff, Jellinek-Gedächtnisschrift
S. 221 (227 f.)
Weber, Spannungen S. 43
- 2) Kägi, Huber-Festschrift S. 151 (163)
- 3) Kägi aaO S. 165
- 4) Gewaltentrennung S. 24 ff.
- 5) Huber-Festschrift S. 151 (166 ff.)
- 6) Weber, Spannungen S. 53 f.

and balances" vor uns¹⁾. Insbesondere das Zusammen und Gegeneinander von Regierung und Opposition ist geeignet, zu einem guten Ausgleich im Staate zu führen.

Ist die klassische Gewaltenteilungslehre deswegen tot ? Keineswegs, denn sie hat im Grunde mit den eben aufgezählten Kräftepaarungen nichts gemein und kann deswegen durch diese nicht ersetzt werden. Es handelt sich bei ihnen zu einem Teil um organisatorische Gegebenheiten, zum größten Teil jedoch um Interessenwiderstreit und günstigenfalls auch -ausgleich, aber nicht um eine Einteilung der Staatsfunktionen auf voneinander unabhängige Staatsorgane, die ja die Gewaltenteilungslehre eigentlich bezweckt. Der Begriff Gewaltenteilung paßt freilich besser auf das Widerspiel der genannten Verfassungskräfte als auf die funktionelle Dreiteilung, so daß man bei dieser auch richtiger von einer "Einteilung der Staatsfunktionen"²⁾ spricht; aber der Begriff der Gewaltenteilung hat sich nun einmal derart eingebürgert, daß man mit ihm stets die funktionelle Dreiteilung verbindet, und man täte gut daran, ihn dafür reserviert zu halten. Auch bei der Aufteilung der verschiedenen Verwaltungstätigkeiten auf die zunächst fünf klassischen Ministerien (Inneres, Äußeres, Finanzen, Justiz, Krieg), die sich inzwischen erheblich vermehrt haben, sollte man nicht von Gewaltenteilung sprechen, obwohl es sich dem Gegenstand nach (Aufgabenteilung) um eine solche handelt³⁾.

Die funktionelle Teilung der Staatsgewalt - und nur sie sollte gemeint sein, wenn von Gewaltenteilung die Rede ist - steht gleichsam über den genannten, in unserem Staat wirksamen Kräften und durchdringt sie.

1) Weber aaO S. 58

2) G. Jellinek, Staatslehre S. 606
Helfritz, Staatsrecht S. 118, nennt die Bezeichnung Gewaltenteilung in diesem Zusammenhang irreführend.

3) G. Jellinek, Staatslehre S. 606

b) Die Durchführung der Gewaltenteilung im Grundgesetz

Gewichtiger ist da schon das zweite Argument, das Grundgesetz führe die Gewaltenteilung nicht streng durch, es sei von der Anerkennung der Gewaltentrennung innerlich nicht erfaßt¹⁾. Der Idealfall der Gewaltenteilung wäre die vollkommene Übereinstimmung zwischen materiellen Funktionen (den großen Aufgabenbereichen der Staatstätigkeit) und formellen Funktionen (den Tätigkeiten bestimmter Organgruppen)²⁾; danach dürften die Gesetzgebungsorgane nur Gesetzgebungsaufgaben, die Verwaltungsorgane nur Verwaltungsaufgaben, die Gerichte ausschließlich Rechtsprechungsaufgaben wahrnehmen. Eine solche reinliche und durchgreifende Aufteilung der Gewalten auf scharf voneinander geschiedene Organe ist freilich noch nie durchgeführt worden und läßt sich "bei dem inneren Zusammenhang alles staatlichen Lebens"³⁾ auch nicht rein und ohne Durchbrechungen durchführen⁴⁾. Überschneidungen sind unvermeidlich und werden als mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar betrachtet, solange keine der Gewalten durch die Aufgabenverlagerung ausgehöhlt wird⁵⁾, ihr "Kernbereich" unangestastet bleibt⁶⁾.

Sind die vom Grundgesetz vorgesehenen Überschneidungen und Gewaltenvermengungen aber nicht zu stark, um überhaupt noch von Gewaltenteilung reden zu können? Nach Art. 50 GG soll

- 1) Peters, Gewaltentrennung S. 20
- 2) G. Jellinek, Staatslehre S. 606 ff. (609);
Gesetz und Verordnung S. 213 ff.
- 3) G. Jellinek, Staatslehre S. 609
- 4) G. Jellinek, Staatslehre S. 608;
Gesetz und Verordnung S. 223
Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (52)
BVGE 3, 225 (247)
- 5) BVerwGE 8, 350 (352)
- 6) Jahrreiß, Mensch und Staat S. 173 (179)
Küster AÖR 75, 397 (412)
v. Mangoldt - Klein Art. 20 GG Anm. V 5 b
Maunz - Dürig Art. 20 GG Randn. 81

der Bundesrat sowohl Gesetzgebungs- als auch Verwaltungsaufgaben wahrnehmen¹⁾. In erster Linie muß man im Bundesrat ein Legislativorgan sehen, seine Mitglieder allerdings sind zugleich Mitglieder der Landesregierung²⁾. An weiteren Durchbrechungen der Gewaltenteilungslehre seien genannt: die Feststellung des Bundeshaushaltes (Art. 110 Abs. 2 GG) und die Kreditaufnahme (Art. 115 GG), beides Exekutivmaßnahmen in Gesetzesform³⁾; der Erlaß von Rechtsverordnungen (Art. 80 GG, Art. 70 Verf. NRW) und Polizeiverordnungen (§ 24 PVG NRW) - Rechtssetzung durch die Exekutive; schließlich ist die den ordentlichen Gerichten übertragene sog. freiwillige Gerichtsbarkeit zum größten Teil Verwaltungstätigkeit⁴⁾. Das gesamte parlamentarische Regierungssystem mit seiner Identität von Parlaments- und Kabinettsmitgliedern⁵⁾ und seiner wesensmäßigen Abhängigkeit der Exekutive von der Legislative⁶⁾ ist ein einziger großer Beleg für die Gewaltvermischung, zumal Parlament und Regierung von denselben politischen Kräften beherrscht werden⁷⁾. Da die maßgebende Parlamentsmehrheit mit dem Kabinett politisch identisch ist, kann nach der Auffassung von Werner Weber die gegenseitige Balance zwischen Legislative und Exekutive nicht funktionieren: "Exekutive und Legislative gehen daher heute sowohl ihrem politischen Träger als auch ihren Funktionen nach ineinander über", "Gewaltenteilung ist heute nur noch ein Scheingebilde"⁸⁾.

1) In Art. 84 Abs. 4 S. 1 GG ist dem Bundesrat sogar noch das Relikt einer Rechtsprechungsaufgabe vorbehalten.

2) Peters, Gewaltentrennung S. 15 f.

3) Peters aaO S. 14

4) vgl. hierzu unten S. 55

5) Maunz - Dürig Art. 20 GG Randn. 80

6) Peters, Gewaltentrennung S. 11

7) Weber, Niedermeyer-Festschrift S. 261 (267);
Spannungen S. 45;
Schmitt-Festschrift S. 253 (260 f.)

8) Weber, Niedermeyer-Festschrift S. 261 (267)

Die Richtigkeit der Beobachtungen von Werner Weber läßt sich gewiß nicht bestreiten, wohl aber sein Ausgangspunkt, daß sich die Gewaltenteilung im Verhältnis von Exekutive und Legislative entscheide¹⁾, und seine auf Grund der zwischen Exekutive und Legislative festgestellten Überschneidungen gewonnene Folgerung, die Gewaltenteilung sei nur mehr ein Scheingebilde.

c) Die Ableitung der materiellen Staatsfunktionen aus den Staatszwecken

Wir müssen, um Klarheit zu bekommen, die Gewaltenteilungslehre daraufhin untersuchen, ob es sich bei ihr lediglich um eine besondere Organisationsform oder nicht vielmehr um ein allem staatlichen Tätigwerden immanentes - materielles - Prinzip handelt, ob also die Tätigkeit des Staates bei Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung ihrem Inhalt nach wesensverschieden ist.

Das Zusammenleben der Menschen erfordert eine Ordnung. Sie wird vom Staat errichtet, ausgestaltet und geschützt; in der Gestaltung der menschlichen Gemeinschaft liegt eine der wesentlichen Aufgaben des Staates.

Zu diesem offenkundigen Staatszweck tritt sogleich ein weiterer: es gilt nicht, irgendeine beliebige Ordnung zu errichten, sondern es kommt, da es sich um eine menschliche Gemeinschaft handelt, darauf an, dem Menschsein in dieser Gemeinschaft gerecht zu werden, d.h. die Ordnung unter das Recht zu stellen²⁾; denn nur eine unter dem Recht stehende Gemeinschaft kann ein menschenwürdiges Dasein in Freiheit und Gleichheit garantieren. Die Errichtung und Ausgestaltung der Ordnung ist notwendigerweise mit Macht und Zwang verbunden, Macht ist die Voraussetzung für die Gründung

1) Weber, Schmitt-Festschrift S. 253 (260)

2) von Hippel, Gewaltenteilung S. 52
Radbruch, Rechtsphilosophie S. 287 ff.
Ule, Beiträge S. 127 (164)

und das weitere Bestehen eines jeden Staates. Macht aber steht in einem Spannungsverhältnis zum Recht. Macht und Recht sind konträre Begriffe und bedürfen doch zugleich, genau wie Freiheit und Bindung, Einzelner und Gemeinschaft, der gegenseitigen Ergänzung. Wahre Freiheit ist nicht ohne Bindung, echte Bindung nicht ohne Freiheit möglich; nur in der Gemeinschaft kann der Mensch sich voll entfalten, obwohl er ihr einen Teil seiner Individualität opfern muß. So bedarf die staatliche Macht des Rechts, um Geltung beanspruchen und sich rechtfertigen zu können, das Recht aber auch der Macht, um sich Geltung verschaffen zu können¹⁾.

Zwei Generalzwecke des Staates können wir somit unterscheiden: den Zweck der Machtbehauptung und den der Rechtsverwirklichung²⁾, wobei wir nicht verkennen dürfen, daß dies nicht Selbstzwecke sind, ebensowenig wie der Staat Selbstzweck ist³⁾, sondern daß sie einzig und allein dem menschlichen Zusammenleben und damit dem Menschen zu dienen bestimmt sind.

Es läßt sich nun nicht übersehen, daß ein Großteil aller Staaten den Rechtszweck vernachlässigt oder gar unterdrückt und die Herrschaft allein auf Macht und Zwang stützt. Als genügendes und beredtes Beispiel sei die von Hitler in unserem eigenen Volk errichtete Diktatur genannt. Die Folgen, die sich aus einer vom Recht nicht in die richtigen Bahnen gelenkten Machtentfaltung für den einzelnen Menschen, für ein Volk, ja für die gesamte Menschheit ergeben können und auch tatsächlich ergeben haben, sind uns noch lebendig vor Augen. Eine solche Gewaltherrschaft, die sich nicht am Recht orientiert, verdient die Bezeichnung "Staat" nicht - dem "Unrechts-Staat" fehlt ein wesensmäßiges Element; nur der sich dem

1) Hessdörfer, Der Rechtsstaat S. 117: "Macht ohne Recht ist Willkür, Recht ohne Macht Schwärmerei."

2) G. Jellinek, Staatslehre S. 610

3) G. Jellinek, Staatslehre S. 264

Recht verpflichtende Staat¹⁾, der "Rechts-Staat", kann wahrer Staat sein²⁾.

Aus den Staatszwecken ergibt sich die Grundeinteilung der Staatsfunktionen. Primärer Staatszweck ist die Errichtung einer Ordnung, primäre Staatsfunktion demnach die Verfassungsgebung (pouvoir constituant - eine Verfassung setzt allerdings eine hohe Kulturstufe voraus); hierbei fällt sogleich die erste Entscheidung für oder gegen den Rechtsstaat. Ob der Rechtsstaat auch verwirklicht wird, hängt sowohl von der Verfassung selbst und ihren Garantien als auch von den die Verfassung verwirklichenden Menschen ab.

Die Verfassungsgebung ist die staatliche Urfunktion, leider wird gerade sie bei der Aufzählung der Staatsfunktionen meist übergangen³⁾, wohl deswegen, weil man sie als Teil der Gesetzgebung auffaßt. Es ist in der Tat schwierig, eine Grenze zwischen diesen beiden Funktionen zu ziehen. Zumindest ist die Verfassungsgebung eine qualifizierte Gesetzgebung, und jedenfalls soweit die Verfassung in ihrer Grundstruktur dem Gesetzgeber entzogen ist (Art. 79 Abs. 3 GG), kann und muß man die Konstitutive als eigenartige und grundlegende Staatsfunktion werten, die auf einer höheren Ebene als die anderen Funktionen einzuordnen ist.

Die in der Verfassung vorgegebene Ordnung muß ausgestaltet und die Gestaltung nach dem Recht, wie in der rechtsstaatlichen Verfassung verankert, ausgerichtet werden. Die Gestaltung des staatlichen Lebens geschieht durch Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung, die Ausrichtung auf das Recht wird letztlich durch eine alle Bereiche des privaten und öffentlichen Lebens erfassende Gerichtsbarkeit, also

1) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 289: "Mit der Ergreifung der Staatsgewalt wird die Verpflichtung zum Rechtsstaat notwendig und unabweisbar übernommen."

2) Wertenbruch, Jahrreiß-Festschrift S. 487 (488), sieht in einem Staat, dessen Organwalter den sittlichen Willen zur Rechtmäßigkeit nicht mehr aufbrächten, nur einen Scheinstaat und in der Bezeichnung "Rechtsstaat" folgerichtig einen Pleonasmus.

3) Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 58

durch die Rechtsprechung garantiert. Wir gewinnen so zwei Grundformen staatlicher Tätigkeit, deren Anerkennung in der Literatur, gefördert durch die Konzeption des Grundgesetzes, immer breiteren Raum gewinnt: politische Gestaltung und rechtliche Bewahrung¹⁾. Aus dieser "tiefen Differenzierung aller staatlichen Tätigkeit"²⁾ ist allein die besondere Stellung der Rechtsprechung und das Erfordernis der richterlichen Unabhängigkeit zu erklären; denn die Ausrichtung des Staates auf das Recht, die Bewahrung des Rechts ist nach dem Grundgesetz letztlich der Rechtsprechung anvertraut, die sich dadurch von den anderen, den handelnden politischen Staatsfunktionen abhebt, daß sie das Rechte zu erkennen, nach dem Recht zu urteilen, nicht aber zu handeln, zu gestalten hat³⁾.

Ist aber die Gleichsetzung der Rechtsprechung mit der staatlichen Rechtsfunktion richtig, dient denn nicht auch die Gesetzgebung dem Rechtszweck des Staates, und hat nicht auch die Rechtsprechung, besonders durch das Bundesverfassungsgericht, gestaltende Funktion ? Drath schreibt der Verfassungsgerichtsbarkeit sogar einen wesentlichen Anteil an der Gestaltung des politischen und sozialen Lebens zu⁴⁾. Georg Jellinek sieht den Rechtszweck des Staates durch Rechtssetzung und Rechtsprechung verwirklicht⁵⁾, und

-
- 1) Aubin, Diss. S. 1
Hessdörfer, Der Rechtsstaat S. 117
von der Heyde, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 493 (506 f.)
Jahrreiß, Verh. d. 37. Dt. Juristentages S. 26 (30)
Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit S. 4
Katz DRiZ 1959, 6
Koellreutter, Staatslehre S. 67
Krauss, Schmitt-Festschrift S. 103 (112)
Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 77
Scheuner, Smend-Festschrift S. 253 (274 f.)
Eb. Schmidt, Die Sache der Justiz S. 8 f.
Weber, Niedermeyer-Festschrift S. 261 (273);
Schmitt-Festschrift S. 253 (257)
Wilke, Diss. S. 53 ff.
Zinn, Verh. d. 37. Dt. Juristentages S. 46 (52)
- 2) Scheuner, Smend-Festschrift S. 253 (274)
- 3) E. von Hippel, Staatslehre S. 240
- 4) Drath, VVDStrL 9, 17 (94); vgl. hierzu unten S. 69 ff.
- 5) Staatslehre S. 610; Gesetz und Verordnung S. 218
ebenso: Burckhardt, Die Organisation S. 228 ff.

schließlich bindet Art. 20 Abs. 3 GG auch die Verwaltung an Gesetz und Recht¹⁾.

Diese Argumente widersprechen unserer These jedoch nicht. Im Grunde soll alle staatliche Tätigkeit der Errichtung und Bewahrung einer zweckmäßigen Ordnung dienen²⁾, soll alle staatliche Tätigkeit sich am Recht orientieren³⁾, und es wird auch niemand so töricht sein zu behaupten, Gesetzgebung und Verwaltung hätten nur gestaltende Funktion⁴⁾, die Rechtsprechung dagegen diene allein der Rechtsverwirklichung. Eine solche Betrachtungsweise wäre lebensfremd und falsch. Letzten Endes ist die politische Durchdringung des staatlichen Lebens Exekutive und Legislative, die rechtliche Sicherung im Einzelfall der Judikative vorbehalten, und diese Trennung von Macht und Recht, die auf die Grundfunktionen des Staates hinweist, ist gerade in unserer Verfassung stark ausgebildet. Daß demgegenüber die Trennung von Regierung, Verwaltung und Gesetzgebung vom Grundgesetz vernachlässigt wird, zeugt nicht, wie vielfach angenommen wird, von einer Aufgabe des Gewaltenteilungsprinzips, sondern vielmehr von einem neuen und tieferen Verständnis für die Erfassung der Staatsfunktionen.

- 1) Die Bindung an Gesetz und Recht kann daher das Rechtsprechungsorgan nicht grundsätzlich vom Verwaltungsorgan unterscheiden:
Menger DÖV 1955, 587 (589)
- 2) Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit S. 4
Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (51): "In einem ganz weiten Sinn ist jede Tätigkeit des Staates gegenüber dem Bürger Vor- und Fürsorgetätigkeit."
- 3) Dies folgt eindeutig aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG.
- 4) Daß insbesondere auch die Verwaltung nicht bloße Zweck-tätigkeit ist, sondern im höchsten Maße dem Recht verpflichtet, hebt E. Becker, VVDStrL 14, 96 (103), hervor.

2. Die Abgrenzung der Rechtsprechung von den übrigen Staatsfunktionen

a) Gesetzgebung - Gesetzesanwendung

In der staatsrechtlichen Literatur wird die staatliche Tätigkeit oft eingeteilt in Rechtssetzung und Rechtsanwendung oder - womit dasselbe gemeint ist - in Gesetzgebung und Gesetzesanwendung, legis actio und legis executio¹⁾. Die Vollziehung gliedert man dann weiter in Verwaltung und Rechtsprechung²⁾; dabei gelingt es aber nicht, eine befriedigende Abgrenzung dieser beiden Funktionen zu geben. Hinzu kommt, daß auf diese Weise nicht alle staatliche Tätigkeit erfaßt wird, diese Einteilung ist nicht erschöpfend³⁾. Sie ist lediglich auf formale Gesichtspunkte ausgerichtet⁴⁾, sie ist charakteristisch für den Gesetzesstaat⁵⁾. Im Rechtsstaat dagegen⁶⁾ kommt ihr über ihren formalen Wert hinaus eine inhaltliche Bedeutung nicht zu. Nur im Gesetzesstaat ist die Rechtsprechung der Vollstrecker des Gesetzgebers⁷⁾, ist der Richter

-
- 1) Burckhardt, Die Organisation S. 228 ff. (B. nennt als drittes noch die Rechtsvollstreckung, die aber zur Rechtsanwendung zu zählen sein dürfte.)
Esser, Einführung S. 109
Fleiner, Institutionen S. 4
Giacometti, Fritzsche-Festschrift S. 9 (13 ff.)
Imboden, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung S. 11
Jahrreiß, Mensch und Staat S. 113 (115 f.); S. 135 (141); S. 173 (186): normsetzende und einzelfallentscheidende Gewalt.
G. Jellinek, Staatslehre S. 610; Gesetz und Verordnung S. 213 ff.
Kelsen, Staatslehre S. 231 ff.
- 2) Esser aaO; Imboden aaO
- 3) Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit S. 4
- 4) G. Jellinek, Staatslehre S. 610
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 58
- 5) Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat S. 238
- 6) Der Gesetzesstaat ist nicht der Rechtsstaat:
Bachof, VVDStrL 12, 37 (39)
- 7) Und auch nur im Gesetzesstaat kann die These Loewensteins, AÖR 78, 260 (262), Geltung beanspruchen, daß die richterliche Gewalt, vom Funktionellen her gesehen, nur ein Ausfluß der gesetzgebenden sei, da sie das Gesetz auf die Streitigkeiten der Gewaltunterworfenen anwenden müsse.

"la bouche qui prononce les paroles de la loi"¹⁾. Als ein wichtiges Kennzeichen des Rechtsstaates muß die richterliche Normenkontrolle gewertet werden - und gerade sie wird als ein nicht notwendiger Bestandteil der rechtsprechenden Gewalt²⁾, als unvereinbar mit der Funktionenverteilung³⁾ angesehen.

Um nicht mißverstanden zu werden: auch unter der Herrschaft des Grundgesetzes ist Aufgabe des Richters die Subsumtion eines konkreten Tatbestandes unter das Gesetz, ist Rechtsprechen in den meisten Fällen Gesetzesanwendung - es ist dies aber nicht das qualitativ Entscheidende der richterlichen Tätigkeit. Der Anwendung des Gesetzes nämlich hat die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes voranzugehen; nur ein gerechtes Gesetz darf der Richter anwenden.

Mit der Umschreibung als Gesetzesanwendung wird das Wesen der "Rechtsprechung" nicht erfaßt. Auch die Verwaltung ist in einem Großteil ihrer Aufgaben nicht lediglich Gesetzesanwendung. Die Abgrenzung der Gesetzesanwendung zur Gesetzgebung hat nur einen beschränkten formalen Wert; diese Betrachtungsweise erschwert außerdem unnötigerweise die inhaltliche Trennung von Verwaltung und Rechtsprechung, die im Grunde leichter zu vollziehen ist als die Trennung von Verwaltung, Regierung und Gesetzgebung.

Die Einteilung der staatlichen Tätigkeit in Gesetzgebung und Gesetzesanwendung könnte überdies dazu verführen, die Gesetzgebung als eine gegenüber Rechtsprechung und Verwaltung in der Rechtsordnung höherrangig einzustufende Staatsfunktion zu bewerten. Der Funktionenverteilung angemessener und mit dem Grundgesetz übereinstimmend erscheint es mir,

1) Montesquieu, De l'Esprit des Loix, Buch XI, Kap. 6
vgl. auch: Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat
S. 238

2) Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (62)
Jahrreiß, Mensch und Staat S. 135 (160 f.)
Thoma AÖR 43, 267 (272)
vgl. hierzu im übrigen unten S. 76 ff.

3) Biert, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit S. 76

mit Peters¹⁾ von einer "prinzipiellen Gleichwertigkeit dreier²⁾ eigenständiger Staatsgewalten" zu reden. Dabei erweist sich allerdings - und so wird der Funktionenverteilung als einer Gewaltenhemmung und -kontrolle zu größter Wirksamkeit verholfen - die Rechtsprechung als "Gegenorganismus"³⁾ zu Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung.

b) Die gestaltenden Funktionen: Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung

Die Charakterisierung der Rechtsprechung als eines "Gegenorganismus" schließt eine Zusammenfassung der übrigen Staatsfunktionen nach einem einheitlichen Gesichtspunkt ein, den wir bereits aufgezeigt haben: den Zweck der Gestaltung des staatlichen Lebens. Um die Erfüllung dieser Aufgabe bemühen sich Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung.

Eigentümlich ist diesen Funktionen die Initiative; ihre Tätigkeit ist schöpferisch und zukunftsgerichtet, ihre Äußerungen sind Willensakte. Wir haben es mit dem Bereich des "Politischen"⁴⁾ zu tun, und in diesem Bereich der politischen Selbstbestimmung des Staates ist die Gewaltenteilung nicht unbedingt notwendig⁵⁾, unsere parlamentarische Demokratie zeigt gerade, wie sehr die "vollziehende Gewalt" (als Oberbegriff von Regierung und Verwaltung) und die Gesetzgebung zusammenarbeiten, gemeinsam handeln müssen.

- 1) Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 29
- 2) nach unserer Auffassung vierer
- 3) von Gneist, Der Rechtsstaat S. 182
- 4) Im Sinne der Gestaltung einer staatlichen Ordnung:
Helfritz, Staatsrecht S. 25
Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 76
Scheuner, Smend-Festschrift S. 253 (272): "Politik ist schöpferische Entscheidung über die das staatliche Ganze berührenden Ziele... Sie ist Setzung und Durchsetzung bestimmter Ideen und Ziele, die die soziale Gesamtheit gestalten."
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 65: Politik ist Leitung und Gestaltung des öffentlichen Lebens.
- 5) Scheuner, Smend-Festschrift S. 253 (267);
DÖV 1953, 517 (520)

Das Schicksal der Gewaltenteilung und damit des Rechtsstaates entscheidet sich nicht an der Trennung von Exekutive und Legislative, sondern allein an der Trennung dieser politischen Gewalten von der Rechtsprechung.

Damit ist aber nicht gesagt, daß die Aufteilung in Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung ohne Berechtigung, insbesondere ohne materiellen Gehalt wäre, sondern nur soviel, daß eine Überschneidung dieser Funktionen nicht tragisch, sondern nahezu unerläßlich ist, da sie unter einem höheren Gesichtspunkt zusammengefaßt sind.

Untersuchen wir nunmehr den materiellen Gehalt der gestaltenden Funktionen. Dabei ist mit der Verwaltung zu beginnen.

Forsthoff behauptet, die Verwaltung lasse sich zwar umschreiben, aber nicht definieren. Die einzig mögliche Definition sei im Wege der Substraktion zu gewinnen: Verwaltung sei alle Staatstätigkeit, die nicht Gesetzgebung und Rechtsprechung ist¹⁾. Dieser negativen Bestimmung der Verwaltung liegt die richtige Erkenntnis ihres Wesens zugrunde, sie bringt sie aber falsch zum Ausdruck. Die Verwaltung ist nicht "etwas Übrigbleibendes", sondern nach der Anzahl der wahrgenommenen Geschäfte geradezu die Hauptfunktion im staatlichen Leben²⁾.

Haben wir oben die Verfassungsgebung als Urfunktion des Staates im Sinne einer Rangordnung charakterisiert, so muß bei historischer Betrachtung die Verwaltung als Urfunktion bezeichnet werden³⁾. Die Verwaltung war immer zuerst da und muß immer zuerst da sein, sie ist notwendig mit dem Entstehen und weiteren Bestehen einer jeden menschlichen

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 1; die Definition stammt von O. Mayer, Verwaltungsrecht S. 7; ihr folgen u.a. noch:

Fleiner, Institutionen S. 4

Hamann, GG, Einf. I D 7 c

G. Jellinek, Staatslehre S. 612

W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 6

Kägi, Gewaltenteilungsprinzip S. 160

Thoma, Hbd. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 108 (133)

2) Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 7

3) G. Jellinek, Staatslehre S. 612

Gemeinschaft verbunden. Verwaltung findet sich nicht nur im staatlichen Leben, sondern überall da, wo sich Menschen zu einem gemeinsamen Zweck zusammenschließen. Sie dient der Durchsetzung der mit dem Zusammenschluß verfolgten Ziele und Zwecke¹⁾.

Damit ist die Verwaltung aber noch nicht genügend charakterisiert. Es ist Forsthoff darin zuzustimmen, daß die Formel, Verwaltung sei die Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke²⁾, zu weit ist, als daß sie zur Kennzeichnung der Verwaltung Wesentliches beizutragen vermöchte³⁾; denn alle staatliche Tätigkeit einschließlich der Rechtsprechung soll der Erfüllung der Staatszwecke dienen. Die Verwaltung ist vielmehr eine "im umfassenden Sinne gestaltende" Funktion⁴⁾. Dies ist das Kriterium, durch das sich die Verwaltung von der Rechtsprechung unterscheidet, und da gerade die dogmatische Abgrenzung der Verwaltung von der Rechtsprechung seit jeher große Schwierigkeiten bereitet, ist diese Charakterisierung der Verwaltung von grundlegender Bedeutung. Freilich paßt sie auch auf Regierung und Gesetzgebung, so daß es nur noch darauf ankommt, diese beiden Funktionen von der Verwaltung abzugrenzen, was eigentlich viel schwerer ist als die Abgrenzung von der Rechtsprechung. Regierung und Gesetzgebung bauen nämlich auf der Verwaltung auf und sind erst in relativ hochentwickelten Staatsgebilden als eigenständige Staatsfunktionen anzutreffen.

Der Regierung obliegt die Leitung und Führung des Staates als ganzem, Regieren ist daher gleichzusetzen mit Leiten, Anordnen, Richtungen⁵⁾. Verwirklicht werden die von der

- 1) O. v. Gierke, Grundbegriffe S. 39: "Verwaltung im weitesten Sinne ist die innerhalb der Rechtsschranken nach Zweckmäßigkeitsrücksichten sich vollziehende positive Lebenstätigkeit des staatlichen Gemeinwesens."
- 2) z. B. Peters, Lehrbuch S. 5 und Laforet-Festgabe S. 19 (26): "die Verwirklichung der Staatszwecke für den Einzelfall", "letzte Konkretisierung der Staatszwecke".
- 3) Verwaltungsrecht S. 2
- 4) Verwaltungsrecht S. 3
- 5) Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 64
Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (50)

Regierung gesteckten Ziele von der Verwaltung, verwaltende Tätigkeit ist folglich angeleitet, geführt, ausgerichtet. Zwischen Regierung und Verwaltung besteht - organisationsrechtlich und funktionell - ein hierarchisches Verhältnis. Wo das Regieren aufhört und das Verwalten anfängt, dafür gibt es kein allgemeingültiges Kriterium, und auch im Einzelfall wird die Grenzziehung schwierig sein¹⁾.

Man kann nun fragen, ob der Verwaltung im Hinblick auf ihre notwendige Abhängigkeit von der Regierung eine eigenständige Bedeutung überhaupt noch zukommt, oder ob es nicht besser ist, wenn man auf jegliche Unterscheidung verzichtet und, wie es das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 3 tut, nur von der "vollziehenden Gewalt" spricht²⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Verwaltung ihre Weisungen auch von der Gesetzgebung erhält und daß der Verwaltung trotz dieser doppelten Weisungsgebundenheit genügend Raum bleibt, das Sozialleben im Einzelfall schöpferisch zu gestalten³⁾. Im übrigen ist ja die Weisungsgebundenheit gerade das die Verwaltung Typisierende, das man nicht als Argument gegen ihre - funktionelle - Eigenständigkeit vorbringen sollte⁴⁾. Die Verwaltung gestaltet einen konkreten Einzelfall⁵⁾ und bedient sich dazu vorwiegend des Verwaltungsaktes, den man ja bekanntlich als hoheitliche Maßnahme einer Behörde "zur Regelung eines Einzelfalles" definiert. Die Verwaltung erweist sich damit als die eigentlich "handelnde Staatsgewalt"⁶⁾, die mit dem Bürger unmittelbaren Kontakt hat⁵⁾. Ein Staat kann längere

1) dazu: Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 9

2) Für G. Jellinek, Staatslehre S. 618, schließt die Verwaltung die Regierung in sich; er spricht von zwei in der Verwaltung verbundenen Elementen, der Regierung und der Vollziehung. Demgegenüber gebrauchen wir den Begriff "vollziehende Gewalt" als Oberbegriff für Regierung und Verwaltung (Wertenbruch DRpflZ 1963, 49).

3) Wertenbruch JVBl 1962, 73 (76)

4) Die Eigenständigkeit der Verwaltung wird besonders von Peters in seiner Rektoratsrede (Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt) hervorgehoben.

5) Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 7 Wertenbruch JVBl 1962, 73 (76)

6) Fleiner, Institutionen S. 7

Zeit ohne Regierung, Gesetzgebung und Rechtsprechung auskommen, aber nicht ohne Verwaltung¹⁾.

Es steht daher auch nicht im Widerspruch zur Weisungsgebundenheit der Verwaltung, daß sie im Einzelfall eigene Initiative entwickelt. Initiative ist zwar in erster Linie für die Regierung charakteristisch, aber diese plant und führt universell und abstrakt, d.h. mit dem Blick auf das Staatsganze, während die Verwaltung in einer konkreten Situation - auch zumeist kraft eigener Initiative - tätig wird.

Dogmatisch einfacher als Regierung und Verwaltung untereinander lassen sich diese beiden von der Gesetzgebung materiell unterscheiden. Gesetzgebung ist jede abstrakte und generelle Rechtssetzung²⁾, jedes Aufstellen von Rechtsnormen³⁾ durch eine staatliche Autorität⁴⁾. Diese staatliche Autorität sind nicht nur die eigentlichen Gesetzgebungsorgane (die Parlamente), sondern es können ebensogut Regierungs- und Verwaltungsorgane sein, die Rechtssätze als Verordnungs- und Satzungsrecht aufstellen⁵⁾, wie auch umgedreht Regierungs- und Verwaltungsakte (Haushaltsplan, Kreditaufnahme) von den Parlamenten erlassen werden, was von denjenigen, die die Gewaltenteilungslehre für tot erklären, immer wieder ins Feld geführt wird⁶⁾.

- 1) G. Jellinek, Staatslehre S. 612: der verwaltungslose Staat wäre Anarchie.
- 2) Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 62
- 3) O. v. Gierke, Grundbegriffe S. 39
G. Jellinek, Staatslehre S. 610
Kägi, Gewaltenteilungsprinzip S. 159
Nawiasky, Staatslehre Bd. II, 2 S. 37
Peters, Gewaltentrennung S. 6
- 4) Thoma, Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 108 (124)
- 5) Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 62; Wolff kann aber nicht zugegeben werden, daß das Entstehen von Gewohnheitsrecht zur Gesetzgebung zu rechnen ist. Gewohnheitsrecht entsteht mit der Zeit, es bildet sich heraus, es wird aber nicht durch einen bewußt gestaltenden Staatsakt oder durch einen Akt der Beteiligten gesetzt.
- 6) vgl. oben S. 33 ff.

Ob bei dieser Sachlage noch der "Kernbereich" der Gewalten Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung unangetastet bleibt, ist Anschauungssache und mag bezweifelt werden. Sie verdeutlicht jedoch, daß die Gesetzgebung im materiellen Sinne eingegliedert ist in die politische Gestaltung des staatlichen Lebens und ihre Aufgabe in der Schaffung einer allgemeinen und dauerhaften Ordnung liegt.

Gesetzgebung und Regierung haben also die abstrakte Gestaltung des Staates zur Aufgabe, die konkrete Ausgestaltung obliegt der Verwaltung. Drei materiell voneinander verschiedene Funktionen dienen im Grunde einer Aufgabe¹⁾: der Errichtung und Durchsetzung einer das Gemeinschaftsleben regelnden Ordnung.

c) Die erkennende Funktion: Rechtsprechung

aa) Rechtsprechung als Streitentscheidung

Nach einer einheitlichen Definition des Begriffes Rechtsprechung wird man vergeblich suchen²⁾; dabei liegt die Definition bereits im Ausdruck: Rechtsprechung ist Ausspruch dessen, was Recht ist³⁾. Diesem Ausspruch muß notwendig die Erkenntnis des Rechts vorangehen; Rechtsprechung ist also Erkenntnis und Ausspruch des Rechts⁴⁾. Dies ist der Inhalt des Begriffes Rechtsprechung, und hierdurch unterscheidet sie sich materiell von allen anderen Staats-tätigkeiten. Das Rechtmäßige im Einzelfall zu erkennen ist die eigentliche und einzige Aufgabe des Richters.

-
- 1) Bachof, VVDStrL 12, 37, spricht von einer Vertauschbarkeit der Funktionen von Legislative und Exekutive "bis zu einem gewissen Grade".
 - 2) Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 101, bezeichnet die Auffassungen über das Wesen der Rechtsprechung als vielgestaltig und gibt eine Auswahl von Definitionen.
 - 3) So bereits Bernatzik, Rechtsprechung S. 63
 - 4) Bettermann, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 361 (376)
Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 85
Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 6
von der Heyde, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 493(507)
Jahrreiß, Mensch und Staat S. 135 (143)
Kern, Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 475 (491)
Wertenbruch JVB1 1962, 73 (76); Rpfleger 1962, 77

Rechtserkenntnis ist für den Staat nur notwendig, wenn Unklarheit, Streit über die Rechtslage herrscht. Das Wesen der Rechtsprechung besteht in der Streitentscheidung. "Richten heißt", so sagt Friesenhahn¹⁾, "zwischen zwei gegensätzlichen Rechtsbehauptungen entscheiden"²⁾.

Alleiniger Maßstab für die Entscheidung ist das Recht. Damit kommen wir sogleich zum zweiten Kriterium der Rechtsprechung. Wer gerecht entscheiden soll, darf an dem Streit nicht beteiligt sein. Ein Beteiligter kann zwar auch eine Entscheidung treffen, aber diese Entscheidung wird zwangsläufig subjektiv und deswegen nur sehr selten gerecht sein. Rechtsprechung ist "Streitentscheidung durch einen unbeteiligten Dritten"³⁾.

Diese These ist allerdings heftigst bestritten. Gegen die Charakterisierung der Rechtsprechung als Streitentscheidung wird insbesondere vorgebracht, sie fasse den Begriff

- 1) Thoma-Festschrift S. 21 (27)
- 2) Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 10, definiert die Rechtsstreitigkeit als "Entgegensetzung von willensgetragenen Rechtsmeinungen".
- 3) Bötticher ZZP 51, 201 (207 f.)
Drath, Die Gewaltenteilung S. 109
Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 9 ff.
Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 5 f.
Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (27);
Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 523 (524)
Geiger, Juristenjahrbuch Bd. 3 S. 82 (84)
Giacometti, Fritzsche-Festschrift S. 9 (15)
Gräber DRiZ 1955, 7
W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 6
Kern, Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 475
Kleinrahn, Rpfleger 1952, 2 (6)
Loppuch NJW 1953, 1126 (1128)
Peters, Lehrbuch S. 3; Gewaltentrennung S. 6
Rumpf, VVDStrL 14, 136 (151)
Schmidt-Räntsch § 1 DRiG Randn. 4
Triepel, Kahl-Festgabe S. 15
Ule JZ 1958, 628 (629)
A. Wagner, Der Richter S. 16
Werlenbruch DÖV 1960, 672 (675); JVB1 1962, 73 (76);
Rpfleger 1962, 77 (79, 82)
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 68
BVGE 2, 79 (86)

zu eng¹⁾. Zur Rechtsprechung gehörten auch - obwohl diese keine Streitentscheidung sei - die freiwillige Gerichtsbarkeit²⁾, die Strafgerichtsbarkeit³⁾ und die Normenkontrolle⁴⁾.

Ehe wir auf die hierzu vorgebrachten Argumente im einzelnen eingehen, ist zuvor allgemein festzustellen, daß noch immer nicht genügend zwischen den Begriffen Rechtsprechung einerseits und Rechtspflege, Gerichtsbarkeit und Justiz andererseits unterschieden wird. Rechtsprechung ist ein materieller Begriff⁵⁾, den unsere Verfassung voraussetzt; denn sie gibt keine Definition dieses Begriffes, wenn sie

- 1) Bettermann, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 361 (370)
Habscheid JR 1958, 361 (362)
Hamann Art. 92 GG Anm. B 1 b bb
Jahrreiß, Mensch und Staat S. 135 (156); S. 173 (192)
Menger, System S. 42 f.
Messerer DRiZ 1954, 209 (210)
Nawiasky, Grundgedanken S. 45
Scheuner, Smend-Festschrift S. 253 (278); DVBl 1952, 293 (296)
Wintrich, Nawiasky-Festschrift S. 191 (203)
Wolany DRiZ 1959, 301 (304 f.)
- 2) Baur DNotZ 1955, 507 (519 f.)
Habscheid JR 1958, 361 (362)
- 3) Ad. Arndt AÖR 21, 183 (211); NJW 1959, 605;
Schmid-Festgabe S. 5 (11 ff.)
Cl. Arndt AÖR 87, 197 (217 ff.)
Menger, System S. 42
v. Turegg NJW 1953, 1201 (1202)
- 4) Jahrreiß, Mensch und Staat S. 135 (161)
Menger, System S. 44
Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 101
Schneider AÖR 82, 1 (13)
- 5) Baur DNotZ 1955, 507 (511)
Bonner Kommentar (Holtkotten) Art. 92 Erl. II 1 b
Friesenhahn DV 1949, 478; Thoma-Festschrift S. 21
Giacometti, Fritzsche-Festschrift S. 9 (15)
Rumpf, VVDStrL 14, 136 (149)
Der 7. Abschnitt der Weimarer Verfassung trug die Überschrift "Die Rechtspflege", so daß dieser Begriff als materieller angesehen wurde;
vgl. Anschütz, Verfassung S. 473
Das Grundgesetz hat sich jedoch für den treffenderen Ausdruck "Rechtsprechung" entschieden, der einen Funktionsbegriff kennzeichnet. Man sollte daher vermeiden, von "Rechtsprechung im formellen Sinne" zu reden (wie es z. B. das Bundesverfassungsgericht gelegentlich tut), sondern hierfür besser den Begriff Rechtspflege verwenden.

in Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Die Umgrenzung dieses Begriffes ist daher Aufgabe der Staatsrechtswissenschaft, sie hat den Inhalt herauszuarbeiten.

Die gegenteilige Auffassung Baur¹⁾, der Verfassungsgeber habe sich darauf verlassen können, daß der historisch gewordene Aufgabenkreis der Gerichte sichere Anhaltspunkte auch für die verfassungsrechtliche Umgrenzung des Begriffes Rechtsprechung geben werde, erscheint aus zwei Gründen bedenklich: zum einen enthält dieser Gedankengang, wie Baur (aaO) selbst einräumt, eine unzulässige *petitio principii*, zum anderen beschwört gerade diese Betrachtungsweise eine Vermengung des materiellen Begriffes Rechtsprechung mit den formellen Begriffen Rechtspflege²⁾, Gerichtsbarkeit³⁾ und Justiz⁴⁾ herauf⁵⁾. Entgegen Baur's Meinung⁶⁾ ist demnach

1) DNotZ 1955, 507 (512)

2) Nach Schmidt-Räntsch, § 1 DRiG Randn. 5, umfaßt die Rechtspflege "alle Tätigkeiten, die unabhängig von der Gewaltenteilung der Durchsetzung und Verwirklichung bestrittenen oder gefährdeten Rechts dienen". Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 68, faßt den Begriff noch weiter und versteht darunter "die Verwirklichung von Staats- und sonstigen öffentlichen Zwecken seitens der damit betrauten Staatsorgane durch das Mittel der Rechtsanwendung". Rechtspflege ist demnach ein dem Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrecht zuzuordnender formeller Begriff und kein Funktionsbegriff: Kleinrahm, Rpfleger 1952, 2
Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (50, 55)

3) Gerichtsbarkeit ist ein Kompetenzbegriff; er bezeichnet den Gegenstand der Wahrnehmungszuständigkeit von Gerichten (Verfassungs-, Verwaltungs-, Finanz-, Sozial-, Arbeits-, ordentliche und freiwillige Gerichtsbarkeit): Kleinrahm, Rpfleger 1952, 2
Löwe - Rosenberg (Schäfer) Vorb. 2 a vor § 1 GVG
Menger, System S. 51
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 74

4) Justiz ist ein organisatorischer Begriff und bezeichnet ein Ressort der Regierung und gleichzeitig alle diesem Ressort unterstehenden Behörden: Anschütz, Verfassung S. 473
Kern, Gerichtsverfassungsrecht S. 8
Menger, System S. 52
Meyer - Anschütz, Staatsrecht S. 723
Triepe, Reichsaufsicht S. 136
Wertenbruch JVB1 1962, 73 (77); Rpfleger 1962, 77 (81)
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 73

5) Der Vorschlag Göbels, NJW 1961, 856 (857), die Begriffe: dritte Gewalt - rechtsprechende Gewalt - Rechtspflege - Justiz synonym zu verwenden, ist entschieden abzulehnen.

6) DNotZ 1955, 507 (519)

Art. 92 GG nicht historisch-teleologisch, sondern allein begrifflich-dogmatisch zu deuten. Nicht von der Organisation auf die Funktion darf geschlossen werden¹⁾, sondern die apriorische Funktion soll ihrerseits die Organisation festlegen²⁾.

Die Notwendigkeit einer materiellen Umgrenzung des Begriffes Rechtsprechung ist somit offenkundig³⁾, ein geeigneteres Kriterium als "Streitentscheidung" wurde bisher nicht gefunden.

Die in erster Linie Thoma zuzuschreibende Definition der Rechtsprechung als "verselbständigter Ausspruch dessen, was in Anwendung des geltenden Rechts auf einen konkreten Tatbestand im Einzelfalle Rechtens ist, durch eine staatliche Autorität"⁴⁾, trifft das Spezifische der Rechtsprechung nicht, da unter diesen Begriff auch zahlreiche Verwaltungsakte (Bauerlaubnisse, Steuerbescheide, Zwangsgeldverfügungen) fallen⁵⁾. Für Thoma ist Rechtsprechung auch nur ein "verselbständigtetes Stadium der Rechtsanwendung, ein Abschnitt, ein Zwischenglied im Vollzugsprozeß"⁶⁾ -

-
- 1) Rumpf VVDStrL 14, 136 (149): "Art. 92 GG würde ohne materiellen Begriff der Rechtsprechung in der Tautologie bestehen: Die Funktion der Richter ist den Richtern anvertraut."
Ebenso: Ule JZ 1958, 628
 - 2) Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 3
 - 3) Allerdings wird die Möglichkeit einer rein materiellen Definition der Rechtsprechung in der Literatur bisweilen geleugnet:
Gossrau NJW 1958, 929 (930)
Habscheid JR 1958, 361 (362)
Kägi, Gewaltenteilungsprinzip S. 161 f.
Klein DÖV 1964, 471 (474)
Menger, System S. 50
Messerer DRiZ 1954, 209
Scheuner, VVDStrL 14, 185 f.
Thoma, Hdb.d. Dt. Str. Bd. 2 S. 108 (129)
Wilke, Diss. S. 89
 - 4) Thoma, Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 108 (129)
Scheuner DVBl 1952, 293 (296)
Triepel, Reichsaufsicht S. 136 f.
v. Turegg NJW 1953, 1201 (1202)
Wilke, Diss. S. 91
Wintrich, Nawiasky-Festschrift S. 191 (203)
 - 5) Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 68
 - 6) Thoma, Hdb. d. Dt. Str. Bd. 2 S. 108 (130)

wir haben diese Auffassung als formal und positivistisch abgelehnt.

Und es ist auch Eb. Schmidt¹⁾ nicht zuzugeben, daß die Formulierung Ad. Arndts "rechtskraftwirkende Entscheidung durch Wahrheits- und Rechtsprüfung um der Gewißheit willen"²⁾ mehr und sachlich Deutlicheres aussagt als die Definition Streitentscheidung. Arndt erblickt das Eigenartige der Rechtsprechung darin, daß sie den Rechten Rechtskraft verleiht, eine Berechtigung als gültig (sogar gesetzesfest) qualifiziert³⁾. Diese Auffassung verdient keine Anerkennung; denn einmal können auch Verwaltungsakte in - unbestritten zumindest formelle - Bestandskraft ("Rechtskraft") erwachsen⁴⁾, zum anderen ist es ja keineswegs so, daß jede richterliche Entscheidung rechtskräftig wird. Auch die Tätigkeit des erstinstanzlichen Gerichts, dessen Entscheidung mit einem Rechtsmittel angefochten wird, ist Rechtsprechung, obwohl diese Entscheidung nicht rechtskräftig wird.

Die Rechtskraft ist eine im Interesse von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit und somit der Ordnung denknotwendige Folge der Rechtsprechung und steht sehr oft mit dem eigentlichen Ziel der Rechtsprechung, der Gerechtigkeit im Zusammenleben der Menschen Geltung zu verschaffen, im Widerspruch. Es ist daher wenig sinnvoll, die Rechtskraftverleihung als das der Rechtsprechung Eigentümliche und sie von den anderen Gewalten Unterscheidende herauszustellen. Wenn Roellecke schreibt, den Entscheidungen der Legislative und der Exekutive fehle

1) JZ 1963, 73 (74)

2) Ad. Arndt, Schmid-Festgabe S. 5 (15)

3) Ad. Arndt AÖR 21, 183 (215); NJW 1959, 605 (607); DVBl 1951, 297; NJW 1963, 1273 (1280); Schmid-Festgabe S. 5 (9 ff.)

Ad. Arndt führt seine prozessuale Theorie der Rechtskraftverleihung auf Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, zurück.

Dieser prozeßrechtlichen Auffassung folgen weiter:

Gl. Arndt AÖR 87, 197 (219)

Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 116

4) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 231 ff.

Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 292 ff.

Auf das Problem der Rechtskraft der Verwaltungsakte kann hier nicht näher eingegangen werden.

die letzte Verbindlichkeit, die richterliche Entscheidung gebe von Rechts wegen eine konkrete, unabänderliche Antwort auf eine konkrete Frage¹⁾, so ist dies schlechthin falsch. Mit Ausnahme der nichtigen und der sog. Nicht-Staatsakte sind alle hoheitlichen Entscheidungen für den Bürger verbindlich, er hat jedoch im Rechtsstaat Mittel, diese Verbindlichkeit überprüfen zu lassen, auch die Verbindlichkeit der richterlichen Entscheidungen. Daß es eine letzte Instanz gibt, deren Antworten unabänderlich sind, ist eine Notwendigkeit im Interesse der staatlichen Ordnung und Sicherheit, kein Charakteristikum der Rechtsprechung. Nicht nur das Bundesverfassungsgericht und die letztinstanzlichen Gerichte sprechen Recht.

Schließlich sei noch auf ein Argument Bernatziks²⁾, auf den im übrigen wohl Thoma's Definition zurückzuführen ist, hingewiesen: "Wollte man im Streit das Kriterium der Rechtsprechung erblicken, so läge es in der Macht der Parteien, zu verhindern, daß über eine Sache durch Rechtsprechung entschieden werde, indem sie einen Streit nicht beginnen³⁾." In diesem Satz ist - allerdings entgegen der Intention des Autors und mit falscher Schlußfolgerung - Wesentliches über die Rechtsprechung gesagt. Es liegt tatsächlich in der Macht der Parteien, ob über eine Sache

1) Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 116
Auf die Verbindlichkeit der richterlichen Entscheidung stellen auch ab:
Bettermann, Grundrechte Bd. III, 2 S. 523 (535)
Hamann Art. 92 GG Anm. B 1 b
Jahrreiß, Mensch und Staat S. 173 (191)
Scheuner DVBl 1952, 293 (296)

2) Bernatzik, Rechtsprechung S. 63

3) Bernatzik, Rechtsprechung S. 56

durch Rechtsprechung entschieden wird¹⁾. "Wo kein Kläger, da ist auch kein Richter."

Kein Richter kann ein Verfahren, in dem er selbst zu urteilen hätte, in Gang bringen, stets bedarf es dazu des Anstoßes, der Initiative von außen. In dieser Hinsicht ist der Richter zur Passivität verurteilt. Da die Rechtsprechung um der Gerechtigkeit willen nicht eigenbeteiligt sein darf, hat sie keine eigene Initiative²⁾. Sie zählt daher nicht zu den planenden, gestaltenden, den "politischen" Gewalten³⁾. Der bekannte Ausspruch Montesquieus: "Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque facon nulle"⁴⁾ erfährt von hier aus

- 1) Dieses Problem wird besonders bei der Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung akut. Das hierzu ergangene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23.9.1960 (= NJW 1960, 2346) überzeugt in seiner Begründung nicht. Die These des BGH, daß die rechtsprechende Gewalt im Ergebnis, entgegen Art. 92 GG, nicht mehr den Richtern anvertraut wäre, sofern die Staatsanwaltschaft der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht beitrifft, ist falsch. Es darf auf die überzeugenden Ausführungen von Dünheber (JZ 1961, 312) verwiesen werden: "... andere Stellen als Gerichte dürfen nicht Recht sprechen. Dagegen wird den Gerichten nicht garantiert, daß sie ihre Funktion, sofern sie nur keine andere Stelle übernimmt, auf jedem Rechtsgebiet jederzeit ausüben können." Vgl. zu diesem Problem weiter: Traub JuS 1961, 256
Eb. Schmidt MDR 1961, 269
- 2) Ad. Arndt NJW 1961, 1615 (1617)
Bettermann, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 361 (371)
Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 138
von der Heydte, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 493 (507)
G. Jellinek, Staatslehre S. 620
Peters, Lehrbuch S. 6
Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 103
Rumpf, VVDStrL 14, 136 (152)
Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (51)
- 3) Scheuner DÖV 1953, 517 (520)
- 4) Montesquieu, De l'Esprit des Loix, Buch XI Kap. 6
vgl. hierzu Anm. 37 des Herausgebers:
"Ici, la puissance de juger est nulle en un autre sens: elle ne constitue pas une force politique, comme la puissance législative et la puissance exécutive."

seine eigentliche Berechtigung¹⁾.

Gelingt es somit nicht, die Definition der Rechtsprechung durch ein überzeugenderes Kriterium zu ersetzen, so erweist sich diese Definition darüber hinaus als zutreffend. Rechtsprechung ist nur da nötig und wird nur da geübt, wo ein Streit kraft Anrufung zu entscheiden ist²⁾. Wo dies nicht der Fall ist, handelt es sich auch nicht um Rechtsprechung.

bb) Freiwillige Gerichtsbarkeit

Unter diesem Gesichtspunkt müssen die weitaus meisten Bereiche des so umfangreichen Gebietes der freiwilligen Gerichtsbarkeit als nicht der Rechtsprechung, sondern der Verwaltung zugehörig angesehen werden³⁾, was sich in der Literatur immer mehr durchsetzt⁴⁾. Der Grund für die Zuweisung der Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die ordentlichen Gerichte liegt in der gründlichen Kenntnis des Privatrechts, die zu ihrer Ausübung erforderlich ist und über die man bei den ordentlichen Gerichten am ehesten

- 1) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 7
von der Heydte, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 493 (498)
Krauss, Schmitt-Festschrift S. 103 (112)
Smend, Verfassung S. 99
Weber, Niedermeyer-Festschrift S. 261 (273)
Wilke, Diss. S. 54
- 2) Wertenbruch JVB1 1962, 73 (76); Rpfleger 1962, 77 (79)
- 3) Natürlich ist die freiwillige Gerichtsbarkeit zu einem großen Teil - die sog. streitige freiwillige Gerichtsbarkeit - auch Rechtsprechung:
Wertenbruch DÖV 1958, 732 (733)
Treffend charakterisiert Bettermann, Lent-Festschrift S. 17 (24), die freiwillige Gerichtsbarkeit als "teils Rechtsprechung, teils Verwaltung, teils streitige, teils nichtstreitige Gerichtsbarkeit, teils Zivil-, teils Verwaltungsgerichtsbarkeit".
- 4) Böttcher ZZP 51, 201 (205)
Drath, Gewaltenteilung S. 109
W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 11
Kleinrahm, Rpfleger 1952, 2 (6)
Peters, Gewaltentrennung S. 18
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 70
a. A.: Baur DNotZ 1955, 507 (519)
Nawiasky, Grundgedanken S. 45

verfügt¹⁾. So soll der Rechtspfleger auch ihm übertragene Geschäfte dem Richter u.a. dann vorlegen, wenn sich bei der Bearbeitung der Sache rechtliche Schwierigkeiten ergeben (§ 7 Abs. 1 Ziff. 2 RpflegerG).

Daß man die freiwillige Gerichtsbarkeit bei den ordentlichen Gerichten beläßt, entspringt also, fußend auf den historisch bedingten tatsächlichen Gegebenheiten, rein praktischen Erwägungen, hinter denen dogmatische Überlegungen zurückstehen und auch unbedenklich zurückstehen können; denn die Wahrnehmung von Verwaltungstätigkeit durch den Richter ist nichts Außergewöhnliches und mit rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar, während umgekehrt die rechtsprechende Tätigkeit nur von den Richtern ausgeübt werden darf.²⁾

cc) Strafgerichtsbarkeit

Es wird von niemandem bezweifelt, daß die im Rahmen der Strafgerichtsbarkeit ausgeübte Tätigkeit zur Rechtsprechung zählt. Sehr verbreitet ist aber die Meinung, daß der Strafprozeß kein Parteiverfahren, die Tätigkeit des Strafrichters nicht streitentscheidender Natur sei, so daß die Definition Streitentscheidung den Begriff Rechtsprechung nicht decke³⁾. Die Staatsanwaltschaft sei nicht

1) W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 11
Peters, Gewaltentrennung S. 18

2) Drath, Gewaltenteilung S. 109 f. (grundsätzliche Beschränkung der anderen Funktionsträger auf Nicht-Rechtsprechung)
Koellreutter, Staatsrecht S. 238

3) Ad. Arndt NJW 1959, 605; Schmid-Festgabe S. 5 (11 f.)
Menger, System S. 42
Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil I Randn. 101
v. Turegg NJW 1953, 1201
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 69
Einige Autoren definieren Rechtsprechung daher als "Entscheidung eines Rechtsstreits oder einer Strafsache": Kipp, Staatslehre S. 224
Löwe - Rosenberg (Schäfer) Vorb. 2 a vor § 1 GVG
v. Mangoldt Vorb. 3 vor Art. 92 GG
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 70

Partei¹⁾, sondern ein "richternahes" Rechtspflegeorgan²⁾.

Sicher ist die Staatsanwaltschaft ein "Rechtspflege"-Organ³⁾, aber Rechtspflege ist eben ein formeller Begriff⁴⁾ und nicht gleichbedeutend mit dem materiellen Begriff Rechtssprechung. Die Auffassung, die Staatsanwaltschaft sei "Teil der Dritten Gewalt"⁵⁾ - konsequenterweise wäre sie dann Rechtssprechungs-Organ⁶⁾ - ist von der Gewaltenteilung nicht erfaßt und verkennt sowohl das Wesen der Rechtssprechung als auch des Strafens.

- 1) A. Arndt AÖR 21, 183 (211)
Cl. Arndt AÖR 87, (217)
Bader NJW 1949, 737 (738)
Brüggemann, Die rechtssprechende Gewalt S. 136
Dünnebier. JZ 1958, 417 (418)
Löwe - Rosenberg (Schäfer) Vorb. 5 vor § 141 GVG
Menger, System S. 40
Eb. Schmidt MDR 1951, 1 (6 f.)
Strunck NJW 1949, 416
BGH NJW 1960, 2346 (2347)
- 2) Ad. Arndt NJW 1961, 1615 (1617); Schmid-Festgabe S. 5 (21)
Bader JZ 1956, 4 (6)
Grosser-Nerz-Wolters DRiZ 1954, 206
Neumayer DRiZ 1956, 132 (133)
Eb. Schmidt DRiZ 1957, 273 (275 ff.)
A. Wagner, Der Richter S. 188
W. Wagner NJW 1963, 8 (9)
- 3) Amelunxen DRiZ 1955, 92
Werthenbruch DRpfIZ 1963, 49 (62)
- 4) vgl. S. 50 Anm. 2
- 5) Ad. Arndt, Schmid-Festgabe S. 5 (21)
Brüggemann, Die rechtssprechende Gewalt S. 164
Göbel NJW 1961, 856 (857)
Hofmeister DRiZ 1958, 189
Kohlhaas, Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtssprechenden Gewalt S. 46
Neumayer DRiZ 1956, 132 (133)
Eb. Schmidt DRiZ 1957, 273 (281)
- 6) Dies wird - man kann es nicht anders als abwegig bezeichnen - in der Tat vertreten:
Görcke ZStW 73, 561 (579 ff.)
Kohlhaas, Die Stellung der Staatsanwaltschaft S. 46
Zur Begründung wird angeführt, daß es ein Fehlschluß wäre, wenn man aus der Tatsache, daß die Staatsanwaltschaft im Grundgesetz nicht erwähnt ist, entnehmen wolle, daß sie nicht zu den in Art. 92 GG gemeinten Organen der Rechtssprechung zählen solle. Hiergegen eindeutig: Eb. Schmidt MDR 1964, 629 und 713

Adolf Arndt behauptet, Bestrafen sei "durchgängig und unteilbar ein Akt der rechtsprechenden Gewalt".¹⁾ Seine Begründung jedoch, es entspreche "nicht dem Sinn der Organtrennung in Art. 20 GG und dem System des Grundgesetzes, die Tätigkeit der Strafverfolgungs- und der Strafvollstreckungsbehörden als Ausübung vollziehender Gewalt zu bewerten"²⁾, sowie die zugleich folgende Einschränkung, diese Tätigkeit sei zwar "nicht unmittelbar Rechtsprechung", aber "als unentbehrliche Hilfeleistung unlösbar mit der Rechtsprechung verbunden", hält einer kritischen Betrachtung nicht stand.

Aus Art. 20 GG und dem System des Grundgesetzes ergibt sich für die Frage, ob Strafen ein Akt der vollziehenden oder der rechtsprechenden Gewalt ist, nichts. Wenn die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft (nach Ad. Arndt) "nicht unmittelbar Rechtsprechung" ist, dann muß sie zur vollziehenden Gewalt gerechnet werden: ein Zwischending gibt es nicht. Arndt freilich bezeichnet die Staatsanwaltschaft als "Mittlerin zwischen vollziehender und rechtssprechender Gewalt"²⁾, aber gerade diese Betrachtungsweise dürfte gegen Art. 20 GG verstoßen. Und daß die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden unlöslich mit der Rechtsprechung verbunden ist, macht sie noch nicht zur rechtsprechenden Tätigkeit. Auch der Gerichtsvollzieher weist diese enge Bindung an die (Zivil-) Rechtsprechung auf, ohne deswegen Teil der rechtsprechenden Gewalt zu sein³⁾.

1) Ad. Arndt, Schmid-Festgabe S. 5 (22)
Göbel, NJW 1961, 856 (858), sieht bereits in der Anklageerhebung eine Betätigung der rechtsprechenden Gewalt.

2) Ad. Arndt, Schmid-Festgabe S. 5 (21)

3) So ist es nichts Außergewöhnliches, daß der Rechtsstaat "nur durch das partnerschaftliche Zusammenwirken zweier Staatsfunktionen" (Arndt aaO S. 17) strafen kann; die Gesetzgebung ist an nahezu aller Staatstätigkeit in generell regelnder Weise beteiligt.

Auch der weiteren Argumentation Arndts, Strafrichten sei, da das Gesetz nur den Strafraumen gebe, Gesetzes-Ergänzung, es könne also nicht bloße Gesetzes-Ausführung, nicht Verwaltung sein¹⁾, kann nicht zugestimmt werden. Das Strafgesetz bedarf nicht der Ergänzung, sondern der Anwendung auf den konkreten Fall, und dies haben wir als die typische Aufgabe der Verwaltung gekennzeichnet. Das Gesetz ist stets abstrakt und ausfüllungsbedürftig, es läßt in den meisten Fällen einen gewissen Spielraum, dies ist keine Besonderheit des Strafgesetzes.

Hierin unterscheidet sich auch nicht das Verwaltungsunrecht vom kriminellen Unrecht. Arndts These, das Verwaltungsunrecht könne vom Gesetz abschließend normiert werden¹⁾, trifft nicht zu. Auch beim Verwaltungsunrecht gibt das Gesetz nur den Strafraumen.

Wenn das Strafgesetz anordnet, daß ein Dieb mit Gefängnis bestraft wird, so ist das Ausführen dieser gesetzlichen Anordnung eine Verwaltungstätigkeit, die wir allerdings gar nicht mehr als solche empfinden, wie Walter Jellinek richtig hinzufügte²⁾. Bei der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches gegen den Rechtsbrecher handelt es sich um eine reine Gesetzesausführung. In ihr Rechtsprechung zu sehen, ist ebenso abwegig wie z.B. die Behauptung, der Gläubiger mache seinen Anspruch gegen den Schuldner in Ausübung rechtsprechender Tätigkeit, als Richter geltend³⁾. Wer richtet, kann keinen Anspruch durchsetzen - er kann den Anspruch nur erkennen und anerkennen-, und wer einen Anspruch verfolgt, kann darüber nicht urteilen⁴⁾.

1) Ad. Arndt, Schmid-Festgabe S. 5 (17)

2) VVDStrL 2, 8 (49)

3) Bötticher ZZP 51, 201 (207)

4) Dünnebier JZ 1961, 312: "Zur Erhebung der Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen (§ 152 Abs. 1 StPO). In dieser Vorschrift kommt die Trennung der vor der Errichtung der Staatsanwaltschaft beim Gericht verbunden gewesenen Tätigkeiten des Klagens und des Urteilens zum Ausdruck."

Strafen, als Durchsetzung des Strafanspruchs des Staates, kann also keine Rechtsprechung sein. Es ist ein (vom Gesetz nicht nur erlaubter, sondern in den vorgesehenen Fällen zwingend vorgeschriebener) Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers, der sich von anderen Eingriffen des Staates (Enteignung, Veranlagung zur Steuerzahlung, Heranziehung zur Wehrpflichterfüllung) nur dem Grund und dem Grade, nicht der Art nach unterscheidet¹⁾. Strafen ist somit "Sache der staatlichen Verwaltung"²⁾. Die Strafverfolgung und Strafvollstreckung obliegt den Behörden der Staatsanwaltschaft. Nun haben wir uns allerdings daran gewöhnt, im Strafrichter denjenigen zu sehen, der den Rechtsbrecher bestraft, der also die staatliche (verwaltende) Tätigkeit des Strafens ausübt. Entgegen dieser überkommenen Vorstellung soll in dieser Arbeit aufzuzeigen versucht werden, daß im Grunde die Strafe vom Staatsanwalt festgesetzt wird und der Richter auch in der Strafgerichtsbarkeit eine kontrollierende und "streitentscheidende" Tätigkeit wahrnimmt. Damit wird die Strafrechtsprechung als Unterfall der Verwaltungsrechtsprechung begriffen, auf die, um die hier aufgestellte These besser begründen zu können, zunächst kurz eingegangen werden soll.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat den Rechtskreis Staatsbürger, und zwar die Rechtsbeziehungen zwischen den obrigkeitlich handelnden Staat und dem Bürger zum Gegenstand³⁾. Zur Regelung seiner Rechtsverhältnisse zum Bürger (und zu unterstaatlichen Verbänden) bedient sich der Staat als Hoheitsträger des Verwaltungsakts, der demgemäß in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine zentrale Bedeutung hat. Von den Fällen der Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsklage abgesehen, verfolgt der Bürger entweder die Aufhebung eines Verwaltungsaktes (Anfechtungsklage) oder die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unter-

1) Bötticher ZZP 51, 201 (207)

2) Bötticher ZZP 51, 201 (207)
Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (44)
W. Jellinek, VVDStrL 2, 8 (49)

3) Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (37 f.)

lassenen Verwaltungsaktes (Verpflichtungsklage)¹⁾. Diese Klagen sind nach § 78 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft, deren Behörde den Verwaltungsakt erlassen bzw. unterlassen hat, zu richten²⁾. Damit macht das Gesetz zwar die genannten Körperschaften zum Klagegegner, also zur Partei des Rechtsstreites. Es wurde bereits ausgeführt³⁾, daß es der Logik widerspricht, wenn man dem Staat außer seiner Richterfunktion im Prozeß auch noch eine Parteistellung gibt. Wendet sich der Bürger mit der Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt, so wendet er sich damit nicht gegen den Staat, sondern bringt zum Ausdruck, daß er den Verwaltungsakt für rechtswidrig und daher, da die Verfassung die Verwaltung dem Recht verpflichtet, nicht für einen bindenden Staatsakt hält⁴⁾.

Eichenberger umschreibt die Verwaltungsgerichtsbarkeit als "die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit von Akten der Verwaltung durch den unabhängigen Richter in einem parteimäßigen Verfahren"⁵⁾. Diese Definition kommt der hier entwickelten Auffassung von der Verwaltungsgerichtsbarkeit sehr nahe⁶⁾. Wesentlich ist dabei, daß die Nachprüfung in einem

1) § 42 Abs. 1 VwGO

2) Sofern nicht auf Grund einer landesrechtlichen Bestimmung die Behörde selbst verklagt werden kann: § 78 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO; vgl. z. B. § 5 Abs. 2 des nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetzes zur Verwaltungsgerichtsordnung.

3) oben S. 25 ff.

4) In diesem Zusammenhang ist bezeichnend, daß vor Erhebung der Klage das Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO stattfindet, in dem die Behörde die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes nachprüft. In der Regel hat also der sachbearbeitende Organwaller selbst zunächst einmal Gelegenheit, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes zu überprüfen.

5) Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 162

6) Mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes wird zugleich seine Existenzberechtigung als Staatsakt verneint; im Grunde wird also geprüft, ob ein Verwaltungsakt vorliegt.

parteimäßigen Verfahren vor sich geht, und zwar nur auf die Initiative des Bürgers hin. Der Bürger hat es in der Hand, ob die Handlungen (bzw. Unterlassungen) der für den Staat im Bereich der Verwaltung tätigen Organwalter einer Rechts- und Bestandskontrolle unterzogen werden oder nicht.

Die gleiche Regelung wäre auch auf dem Gebiet des Strafrechts denkbar und mit den Grundsätzen des Rechtsstaates vereinbar. Die Staatsanwaltschaft würde dann die Strafe in einem Verwaltungsakt festsetzen, gegen den der betroffene Bürger das Gericht anrufen könnte. Dieser Gedanke hat im Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO) seinen Niederschlag gefunden, auch wenn die Strafe im Strafbefehl durch den Richter festgesetzt wird, der dabei allerdings dem Antrag der Staatsanwaltschaft zu entsprechen hat, wenn dem Erlaß des Strafbefehls keine Bedenken entgegenstehen (§ 408 Abs. 1 StPO). Kommt es nicht zur Hauptverhandlung, darf der Richter von dem Antrag der Staatsanwaltschaft nicht abweichen; im Grunde wird also die Strafe von der Staatsanwaltschaft festgesetzt.

Auch im Bereich des Ordnungs- und Steuerstrafrechts wird die Strafe von Verwaltungsbehörden festgesetzt. Zu einem Strafverfahren kommt es nur, wenn sich der Bürger mit der gegen ihn verhängten Strafe nicht einverstanden erklärt und das Gericht um Rechtsschutz anruft. Die bereits abgelehnte Auffassung, daß die Verhängung von Strafen materiell Rechtsprechung sei, hätte unausweichlich die Konsequenz, daß im Bereich des Verwaltungsunrechts, insbesondere also im Ordnungs- und Steuerstrafrecht, Verwaltungsbehörden Anteil an der Rechtsprechung haben¹⁾, und dies wäre ein eklatanter Verstoß gegen Art. 92 GG²⁾.

1) Peters, Gewaltentrennung S. 17

2) BVerwGE 8, 350 (352): "Da Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt ausschließlich den Richtern anvertraut, ist die Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf eine der beiden anderen Gewalten stets als verfassungswidrig anzusehen."

So haben auch das Bundesverfassungsgericht das Bußgeldverfahren nach dem Wirtschaftsstrafgesetz vom 26. 7. 1949 und der Bundesgerichtshof die Strafgewalt der Finanzämter mit Art. 92 GG für vereinbart erklärt¹⁾. Die Begründungen hierzu überzeugen freilich nicht. Das Bundesverfassungsgericht begnügt sich mit der Feststellung, daß das Bußgeldverfahren kein Strafverfahren sei und den rechtsstaatlichen Erfordernissen dadurch Rechnung getragen werde, daß gegen jeden Bußgeldbescheid gerichtliche Entscheidung beantragt werden könne; das Bundesverfassungsgericht sieht sich daher eines Eingehens auf die Frage, ob es eindeutige materielle Kriterien für den Rechtsprechungsbegriff gebe, enthoben (aaO S. 207 f.).

Auch der Bundesgerichtshof findet sich mit seiner - zum Glück falschen - These ab, daß das Finanzamt "der Sache nach bei einem Strafbescheid rechtsprechende Gewalt" ausübe, bleibe doch die "Spruchgewalt" in der Hand des Richters (aaO S. 105). Schon die vom Bundesgerichtshof gebrauchte Terminologie läßt sich gegen ihn verwenden; denn "Spruchgewalt" ist eben etwas anderes als "Strafgewalt". Schließlich ist auch die Schlußfolgerung des Bundesgerichtshofs (aaO S. 104) nicht zwingend, daß die staatliche Strafgewalt den Richtern zustehe, weil die Strafgerichtsbarkeit Ausübung rechtsprechender Gewalt ist. Strafen und Strafgerichtsbarkeit sind zwei ebenso verschiedene Dinge wie Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Letztere ist auch Rechtsprechung, damit wird die Verwaltung aber nicht zur richterlichen Aufgabe.

Würde die beim Verwaltungsunrecht gehandhabte Praxis, daß es zu einem gerichtlichen Verfahren und einer richterlichen Entscheidung nur auf Antrag des Bürgers kommt, auch auf dem Gebiet des kriminellen Strafrechts - ähnlich dem Straßverfahren - rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht widersprechen, so liegt es andererseits auf der Hand, daß der Verwirklichung des Rechtsstaates und somit dem Schutz der

1) BVGE 8, 197
BGHSt 13, 102

Bürger mit der jetzigen Regelung besser gedient ist¹⁾. Zum einen ist der berühmte Satz "volenti non fit iniuria"²⁾ doch nicht so ganz unbedenklich, denn auch das bloße Unrecht-Tun, ohne daß es als Unrecht empfunden würde, kann sich auf die Dauer schädlich für die staatliche Gemeinschaft auswirken, zum anderen handelt es sich bei der Verhängung einer kriminellen Strafe, besonders einer Freiheitsstrafe, im Vergleich zum Erlaß eines sonstigen belastenden Verwaltungsaktes um einen einschneidenden und die gesamte Persönlichkeit erfassenden Eingriff des Staates in die Sphäre des Individuums, die intensiver nicht gedacht werden kann. Aus diesen Gründen ist die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, vor der Bestrafung eines Delinquenten die Rechtmäßigkeit der Bestrafung vom Richter nachprüfen zu lassen, nicht nur berechtigt, sondern geradezu geboten.

Die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden unterliegt einer richterlichen Kontrolle nur auf die Initiative des Bürgers hin; einzig die Strafverfolgungsbehörden sind zwingend gehalten, von sich aus das Gericht anzurufen, wenn sie einen Bürger der Bestrafung zuführen wollen. Hierin unterscheidet sich die Arbeitsweise der Staatsanwaltschaft von der anderer Verwaltungsbehörden.

Friesenhahn, der bisher wohl als einziger die Verwandtschaft der Strafrechtsprechung mit der Verwaltungsrechtsprechung klar herausgestellt hat, sieht unter Berufung auf Triepel³⁾ ebenfalls diesen Unterschied: "Während bei der Verwaltungsrechtsprechung im allgemeinen die Handlung der Verwaltung

- 1) Ad. Arndt, Schmid-Festgabe S. 5 (27), spricht mit Recht davon, daß die Initiative dem Bürger aufgebürdet würde, so daß es von seiner Aufmerksamkeit und Aktivität abhinge, ob er des Rechtsschutzes durch das Gericht teilhaftig würde.
- 2) Wobei "volenti" hier mit "demjenigen, der die - evtl. ungerechte - Strafe hinnimmt" zu übersetzen wäre.
- 3) Reichsaufsicht S. 706: "Macht doch der Staat auch die Ausübung seines Strafrechts von der vorherigen Anerkennung durch richterliches Urteil abhängig."

vorausgeht und gegen sie der gerichtliche Schutz angerufen werden kann, der Rechtsstreit also um eine vom Staat in Anspruch genommene und bereits geltend gemachte Befugnis geht, muß in der Strafrechtsprechung der Streit über das Recht des Staates zu strafen vor dem Gericht ausgetragen werden, bevor der Staat die Strafe vollziehen darf. Der Staat, vertreten durch den Staatsanwalt, streitet mit dem Delinquenten vor dem Strafrichter als dem unabhängigen Dritten über sein Strafrecht."¹⁾

Zu diesen Ausführungen Friesenhahns ist zweierlei zu bemerken. Zunächst muß die Richtigkeit des Bildes des vom Richter als "unabhängigem Dritten zwischen Staat und Übertreter"²⁾ verneint werden. Einen irdischen Richter über den Staat gibt es nicht, und Friesenhahn läßt unerörtert, woher der Richter, der ja "institutionell aus dem Staatsapparat herausgelöst" sein soll³⁾, die Autorität zum Urteilen über den Staat hernehmen soll, wenn nicht vom Staat selbst.

Sodann geht es auch in der Strafgerichtsbarkeit um eine "in Anspruch genommene und bereits geltend gemachte Befugnis". Die Strafbefugnis wird zunächst schon - allgemein - in der Anklageschrift geltend gemacht, sie wird konkretisiert durch den Antrag des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung. Die auf Grund der Beweisaufnahme gewonnene Überzeugung des Staatsanwalts von der Schuld bzw. Unschuld des Angeklagten sowie von der Art und Höhe der Strafe findet in seinem Antrag ihren Niederschlag. Würde die Bestrafung eines Bürgers wie irgendeine andere Verwaltungsaufgabe gehandhabt, wäre der Antrag ein Verwaltungsakt, der nun sogleich vom Richter auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft wird.

Der Strafrichter beurteilt also, wenn er über die Straftat urteilt, zugleich die Handlung eines Organwalters, nämlich den Antrag des Staatsanwalts. Das Urteil bestätigt

1) Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (44)

2) Gräber DRiZ 1955, 7
Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (45)

3) Vgl. oben S. 2 Anm. 4

entweder die Auffassung der Staatsanwaltschaft als rechtmäßig und gibt dem Antrag statt, oder es verwirft sie als rechtswidrig, so wenn der Angeklagte entgegen dem Antrag freigesprochen wird, weil das Gericht von seiner Schuld nicht überzeugt ist.

In vielen Fällen weicht das Urteil nur im Strafmaß vom Antrag der Staatsanwaltschaft ab. Dann wird damit die Auffassung der Staatsanwaltschaft über die Frage der Schuld bestätigt, zugleich das Strafmaß als der Schuld nicht angemessen verworfen und durch ein neues Strafmaß ersetzt. Dieses Festsetzen des neuen Strafmaßes ist eine verwaltende, da gestaltende Tätigkeit, die dem Richter aus rein praktischen Erwägungen überlassen ist und auch unbedenklich überlassen bleiben kann. Es wäre nämlich unzweckmäßig und vor allem zeitraubend, würde der Richter das Strafmaß nur als nicht schuldangemessen zurückweisen, um dann einen neuen Antrag des Staatsanwalts abzuwarten und ihn zu beurteilen - und dies so fort, bis der Staatsanwalt das nach Überzeugung des Gerichts richtige Strafmaß getroffen hat.

Nur das Festsetzen eines vom Antrag der Staatsanwaltschaft abweichenden Strafmaßes ist also bei der Strafrechtsprechung vom Richter ausgeübt, materielle Verwaltungstätigkeit¹⁾, die mit seiner eigentlichen Aufgabe, der Streitentscheidung, nur aus Zweckmäßigkeitsgründen verbunden ist.

Auch die erstinstanzliche Strafrechtsprechung ist demnach etwas anderes als z. B. die Steuereinschätzung²⁾; denn die Feststellung eines Tatbestandes mit einer bestimmten Rechtsfolge wird bereits vom Staatsanwalt vorgenommen, der Richter überprüft die tatsächliche Feststellung und ihre gesetzliche Subsumtion auf ihre Rechtmäßigkeit hin, übt

1) In der Anordnung von Nebenfolgen ist eine verwaltende Tätigkeit nur insoweit gegeben, als diese Nebenfolgen vom Staatsanwalt nicht beantragt waren oder über den Antrag des Staatsanwalts hinausgehen:
Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (44)

2) Giacometti, Fritzsche-Festschrift S. 9
(16 Anm. 2), sieht hier keinen Unterschied.

somit rechtsprechende und nur bei der Korrektur des Strafmaßes verwaltende Tätigkeit aus.

Ob der Angeklagte geständig ist oder nicht, ändert dabei nichts¹⁾. Gibt der Angeklagte die Tat zu und ist er darüber hinaus auch mit der vom Staatsanwalt beantragten Strafe einverstanden, so bleibt es doch bei einem parteimäßigen Verfahren, in dem zwar kein Streit, keine Meinungsverschiedenheit zwischen dem Angeklagten und dem Staatsanwalt über die Bestrafung herrscht, wie das normalerweise der Fall ist²⁾, in dem aber die Richtigkeit der beantragten Strafe überprüft wird; denn es ist durchaus möglich, daß die vom Staatsanwalt beantragte und vom Angeklagten gebilligte Strafe ungerecht ist.

Es ist daher auch eine seltsame Vorstellung, die davon ausgeht, daß der Staat, vertreten durch den Staatsanwalt, mit dem Delinquenten vor dem Strafrichter über sein Strafrecht streitet³⁾. Das Strafrecht des Staates kann stets nur die im Einzelfall gerechte Strafe zum Gegenstand haben - und diese gerechte und daher dem Staat allein gemäße Strafe zu finden, ist Aufgabe des Staatsanwalts, ihn hierbei zu kontrollieren und - im Rahmen des Menschenmöglichen - auf dem Wege des Rechts zu halten, Aufgabe des Strafrichters. Der Staatsanwalt streitet also nicht mit dem Angeklagten, sondern in dem Staatsanwalt steht dem Angeklagten die Strafgewalt des Staates gegenüber, der durch ihn die Strafe autoritativ festsetzt. Ob es wirklich eine staatlich sanktionierte, eine gerechte Strafe ist, ob sich der Staatsanwalt an seine (Straf-) Kompetenz gehalten hat, wird sogleich vom Richter nachgeprüft: nulla poena sine iudicio⁴⁾.

1) Nach Giacometti (aaO) soll erstinstanzliche Strafrechtsprechung "zweifellos jedenfalls dann, wenn der Angeklagte geständig ist", materiell Verwaltung sein.

2) Daß der Standpunkt regelmäßig ein entgegengesetzter ist, daß dies aber weder im Straf- noch im Zivilprozeß notwendig ist, wird auch von R. von Hippel, Strafprozeß S. 228 Anm. 2, hervorgehoben.

3) Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (44)
R. v. Hippel, Strafprozeß S. 229

4) W. Jellinek, VVDStrL 2, 8 (49)

Es ist nach alledem verfehlt, die Staatsanwaltschaft der Dritten Gewalt zuzurechnen und sie als "richternahes" Rechtspflegeorgan zu bezeichnen. Die Staatsanwaltschaft ist von der rechtsprechenden Gewalt, die allein vom Richteramt verkörpert wird, völlig ausgeschlossen¹⁾, sie nimmt keine Rechtsprechungs-, sondern ausschließlich Verwaltungsaufgaben wahr.

Auch die Strafrechtsprechung erweist sich als Streitentscheidung, und zwar als Entscheidung über den zwingend vorgeschriebenen und daher auch oftmals künstlich hervorgerufenen Streit, ob die Entscheidung der Staatsanwaltschaft gerecht ist. Mit der Erhebung der Anklage bringt die Staatsanwaltschaft das streitige Verfahren in Gang²⁾, unterwirft sie sich der Kontrolle durch das Gericht, begibt sie sich in die Parteirolle. Wie alle Verwaltungsrechtsprechung ist auch die Strafrechtsprechung ein Parteiverfahren³⁾. Diese Auffassung wird seit langem in der Literatur vertreten⁴⁾, sie bekommt durch unsere Betrachtungsweise einen neuen Inhalt.

- 1) Güde, Berliner Richterverein S. 5 (19)
Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (62)
- 2) Daß die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren nicht Partei ist, ist eine Selbstverständlichkeit, die jedoch immer wieder betont wird:
Brangsch NJW 1951, 59
R. von Hippel, Strafprozeß S. 232
- 3) Die Zusammenfassung der Strafrechtsprechung mit der Zivilrechtsprechung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit, die danach dogmatisch als verfehlt anzusehen ist, ist historisch zu erklären und aus rechtspolitischen Gründen auch heute noch vertretbar.
- 4) Brangsch NJW 1951, 59
Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (44)
Gräber DRiZ 1955, 7
R. von Hippel, Strafprozeß S. 227 ff.
G. Jellinek, System S. 236
Kern, Strafverfahrensrecht S. 63
Maunz, Die Stellung des Staates S. 402
Rumpf VVDStrL 14, 136 (152)
von Sauer NJW 1947, 683
Traub JuS 1961, 256 (259)

dd) Verfassungsgerichtsbarkeit

Wenn wir uns nunmehr noch mit dem Einwand auseinanderzusetzen haben, auch die Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht sei keine Streitentscheidung¹⁾, so wollen wir dabei den gesamten Aufgabenbereich des Bundesverfassungsgerichts ins Auge fassen. Gerade die rechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts und die ihm überwiesenen Aufgaben lassen die richterliche Funktion besonders deutlich werden. Dieses Gericht hat Entscheidungen zu treffen, von denen eine große politische Wirkung ausgehen kann²⁾, ohne deshalb ein politisches Organ zu sein³⁾; es hat nach einer treffenden Selbstcharakterisierung "nur die Aufgabe, das rechtliche Vorfeld für politische Entscheidungen zu klären"⁴⁾.

Das Bundesverfassungsgericht ist nicht nur dem Namen, sondern auch der Funktion nach ein "echtes Gericht"⁵⁾. Die entgegengesetzte Auffassung von Drath, der "niemals und nirgends" eine Wesensgleichheit zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Gerichtsbarkeit im hergebrachten Sinne sieht und die Verfassungsgerichte als "Regierungsorgane besonderer Art" bezeichnet⁶⁾, ist nicht haltbar;

1) oben S. 49 Anm. 4

2) Ad. Arndt DVBl 1951, 297

3) Der Begriff "Politik" wird hier wiederum in dem oben (S. 42 Anm. 4) gekennzeichneten Sinne ("Staatspolitik") verwendet; dagegen soll die "Rechtspolitik" nicht von diesem Begriff erfaßt sein.

4) BVGE 2, 79 (96).

5) Ad. Arndt DVBl 1951, 297

Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt S. 137

Federer, Das Bundesverfassungsgericht S. 39 (40)

Katz DRiZ 1959, 6

Kelsen, VVDStrL 5, 30 (56)

Leibholz, Status S. 111

Maunz, § 1 BVGG Anm. 8

Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 182

Wintrich, Nawiasky-Festschrift S. 191 (203)

6) Drath, VVDStrL 9, 17 (96)

Kramer, Diss. S. 110: "Die Verfassungsgerichtsbarkeit unterscheidet sich wesensmäßig von jeder anderen Gerichtsbarkeit, sie ist strukturell ein aliud."

denn es trifft einfach nicht zu, daß das Bundesverfassungsgericht "an der maßgeblichen Gestaltung der Grundlagen unseres politischen und sozialen Lebens mitzuwirken hat" und so "zwangsläufig auch eine aktive politische Funktion" erhält¹⁾.

Wie alle anderen Gerichte wird auch das Bundesverfassungsgericht nur auf Anruf tätig, ihm fehlt die das Regierungsorgan kennzeichnende Initiative. Hier macht freilich § 32 BVGG eine gewisse Ausnahme. Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist nämlich kein Antrag erforderlich²⁾, wie sich aus der Entstehungsgeschichte von § 32 BVGG ergibt: das Antragserfordernis war in § 28 des Regierungsentwurfs³⁾ enthalten, ist aber in den Beratungen weggefallen. Weiterhin darf das Bundesverfassungsgericht eine einstweilige Anordnung auch ohne anhängiges Hauptverfahren erlassen, wenn es sich nur um einen "Streitfall" handelt, der überhaupt vor das Bundesverfassungsgericht gebracht werden kann⁴⁾.

Bisher hat das Bundesverfassungsgericht beide Befugnisse jeweils nur getrennt in Anspruch genommen, sich aber noch nicht dazu geäußert, ob sie für den Erlass einer einstweiligen Anordnung miteinander verbunden werden können, ob also das Bundesverfassungsgericht ohne Antrag und ohne anhängiges Hauptverfahren eine einstweilige Anordnung von Amts wegen erlassen darf⁵⁾. In der Literatur wird die Koppelung beider Möglichkeiten entweder als unvereinbar mit dem Grundgesetz und den Aufgaben und der Stellung des Bundesverfassungsgerichts innerhalb der Gewaltenteilung

1) Drath, VVDStrL 9, 17 (95)

2) Geiger, § 32 BVGG Anm. 5
Maunz-Klein, § 32 BVGG Anm. 11
BVGE 1, 281 (283)

3) Entwurf eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, Bundestagsdrucksache Nr. 788, 1. Wahlperiode

4) Geiger, § 32 BVGG Anm. 4
Lechner, § 32 BVGG Anm. 3 b
BVGE 1, 74; 3, 267 (277)

5) Helfferich, Diss. S. 19 f.

für unzulässig gehalten¹⁾, oder sie wird "nur in einem extremen Ausnahmefall" für zulässig erachtet²⁾.

Immerhin läßt sich nicht verkennen, daß nach dem Gesetzeswortlaut dem Bundesverfassungsgericht die Inanspruchnahme einer "derart außergewöhnlichen Befugnis"³⁾ nicht verwehrt ist, ihm vielmehr theoretisch die "Möglichkeit eröffnet wird, in kritischen Situationen aus seiner Reserve herauszutreten und entscheidend in den politischen Machtkampf mit dem Anspruch, das Recht zu wahren, einzugreifen"⁴⁾. Allerdings sollte man diese "Gefahr" nicht überbewerten, zumal die Wirksamkeit einer durch eine einstweilige Anordnung getroffenen Regelung gemäß § 32 Abs. 5 BVGG einer zeitlichen Begrenzung unterliegt. Nach den bisherigen Erfahrungen ist zu erwarten, daß sich das Bundesverfassungsgericht auch in Zukunft seiner ihm vom Grundgesetz zugeordneten hemmend-kontrollierenden Funktion bewußt bleibt und nicht über die einstweilige Anordnung aktiven Einfluß auf die politische Gestaltung zu nehmen versucht.

Von der Ausnahme des § 32 BVGG abgesehen, der, wie eben gezeigt, die Literatur doch recht kritisch gegenübersteht, kann das Bundesverfassungsgericht nicht aus eigener Initiative tätig werden, es kann also keine "aktive" politische Funktion haben. Seine Aufgabe ist nicht gestaltender, sondern erkennender Natur; ihm obliegt nicht die Gestaltung der Grundlagen des politischen und sozialen Lebens, auch keine Mitwirkung daran, sondern die Überprüfung dieser Gestaltung durch Gesetzgebung und Regierung (und zum Teil auch Verwaltung) auf ihre Verfassungsmäßigkeit.

1) Helfferich, Diss. S. 20
Maunz-Klein, § 32 BVGG Anm. 12

2) Fuß DÖV 1959, 201 (203)
Geiger, § 32 BVGG Anm. 5, mißt der Forderung des Gesetzes, daß die einstweilige Anordnung dringend geboten sein muß, in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung bei.

3) Helfferich, Diss. S. 20

4) Geiger, § 32 BVGG Anm. 5

Daß sich die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf das politische und soziale Leben auswirken¹⁾ und sie so den Staat auf dem vom Grundgesetz vorgezeichneten Wege des Rechts halten, ist die mit der Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit verfolgte Intention des Gesetzgebers - und hierin unterscheidet sich die Verfassungsgerichtsbarkeit von den anderen Gerichtsbarkeiten im Grunde nicht, wohl im Ausmaß wegen der oft grundlegenden Bedeutung der vom Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden Fragen. Auch von den Entscheidungen der Zivilgerichte geht eine solche Reflexwirkung auf die Gestaltung des sozialen Lebens aus, mehr noch von den Entscheidungen der Straferichte und Verwaltungsgerichte. Es ist dies aber alles kein zukunftsgerichtetes, zweckvolles, planendes Handeln, sondern lediglich ein Beurteilen von der Vergangenheit angehörenden Sachverhalten und die Erkenntnis von Recht und Unrecht im einzelnen Fall.

Die Folgen des Urteilsspruchs ergeben sich aus dem Gesetz, einen aktiven Einfluß auf die Durchsetzung des von ihm für Recht Erkannten kann der Richter nicht ausüben, da er sich sonst in eine Parteirolle begeben würde.

Verfassungsstreitigkeiten sind weitgehend politische Streitigkeiten²⁾, sie haben einen politischen (Streit-) Gegenstand und politische Wirkungen, das Verfassungsgericht aber ist nicht in die dynamische Staatspolitik einbezogen³⁾, es erfüllt keine politische, sondern eine erkennende, beurteilende, wertende, bewahrende, eben richterliche

1) Federer, Das Bundesverfassungsgericht S. 39 (40)
Feuchte DÖV 1964, 433

2) Triepel, Kahl-Festschrift S. 17;
VVDStrL 5, 2 (8)
vgl. hierzu die Kontroverse zwischen Leibholz,
Status - Denkschrift S. 145, und Thoma, ebenda S. 172.

3) Wilke, Diss. S. 53 f.

Aufgabe¹⁾. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind keine politischen Willensakte, sondern Rechtserkenntnisse eines Gerichts²⁾.

Man hat die Verfassungsgerichtsbarkeit als "Rechtsprechung im Bereiche des Verfassungslebens"³⁾ oder als "Gerichtsbarkeit in Sachen der materiellen Verfassung"⁴⁾ gekennzeichnet. Diese Umschreibung ist jedoch zu weit, da "jeder Prozeß vor jedem Gericht zu einer Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen führen" kann und somit jeder Prozeß "ein potentieller Verfassungsprozeß" wäre⁵⁾.

Andererseits ist die Unterscheidung Löwenthals, bei der Verfassungsgerichtsbarkeit kämpften zwei zur Ausübung der Machtbefugnis Berufene gegeneinander, während bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit der der Gewalt Unterworfenen gegen das Organ des Machthabers kämpfe⁶⁾, zu eng, da sicher nicht nur die Organstreitigkeiten (§ 13 Nr. 5 BVGG) als "echte" Verfassungsstreitigkeiten aufzufassen sind.

1) Diese bedeutsame Unterscheidung wird besonders von Bettermann, JZ 1962, 509 (510), klar erkannt: "Daß aus dem politischen Gegenstand der verfassungsrichterlichen Prüfung und Entscheidung auf deren politische Natur und Funktion geschlossen wird, ist ein ebenso alter Irrtum wie die Verkennung oder Vernachlässigung der politischen Bezüge in den traditionellen Bereichen der Rechtsprechung, insbesondere der Strafrechtspflege." Vgl. auch Maunz, BVGG, Vorb. 3: "... daß es einerseits auch wiederum Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesse mit erheblichem politischen Einschlag gibt, und daß andererseits unbestrittene Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit (etwa häufig im Verfassungsbeschwerdeverfahren) nicht politisch gefärbt zu sein brauchen."

2) Federer, Das Bundesverfassungsgericht S. 39 (40)
Maunz, Staatsrecht S. 243

3) Scheuner DVBl 1952, 293 (296)

4) Triepel, VVDStrL 5, 2 (5)

5) Maunz, BVGG, Vorb. 3

6) Löwenthal RVBl 1929, 525 (526): "Ist danach Gegenstand des Verfassungsstreites das beanspruchte Recht an der Staatsgewalt, so handelt es sich bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit um Rechte, die gegen die Staatsgewalt geltend gemacht werden."

Mag danach zweifelhaft sein, ob es überhaupt ein materielles Kriterium für den Begriff Verfassungsstreitigkeit gibt¹⁾, so darf doch davon ausgegangen werden, daß es sich bei gewissen, zur Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts gehörenden Verfahren materiell um verwaltungsgerichtliche Verfahren handelt, nämlich bei der Verfassungsbeschwerde, bei der Feststellung der Verwirkung von Grundrechten und bei dem Verbot von politischen Parteien²⁾. Der Grund für die Einbeziehung dieser verwaltungsgerichtlichen Verfahren in die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ist leicht ersichtlich. Er ergibt sich aus der Stellung des Bundesverfassungsgerichts in unserer Verfassung. Das Grundgesetz macht das Bundesverfassungsgericht zu dem Organ, das (auf Anruf) in verfassungsrechtlichen Fragen letztlich zu entscheiden hat, es verleiht ihm insoweit die höchste Autorität im Staate, und so ist es konsequent, ihm auch andere grundsätzliche Entscheidungen im Bereich des Verfassungslebens und gerade den Schutz der Grundrechte, des wesentlichen Bestandteils der Verfassung, anzuvertrauen.

Alle Rechtsprechung hat die in der Verfassung festgelegten Grundsätze zu verwirklichen, daher dient alle Rechtsprechung auch der Aufrechterhaltung und Durchsetzung der Grundrechte. Gegen eine Grundrechtsverletzung ist somit nach § 90 Abs. 2 BVGG die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtsweges zulässig. Die Verfassungsbeschwerde - übrigens ein wenig treffender Ausdruck, der sich allerdings schwer durch einen passenderen ersetzen läßt - ist die ultima ratio gegen Grundrechtsverletzungen. Gegen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt es kein Rechtsmittel. Von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hängt es daher weitgehend ab, inwieweit den Grundrechten Geltung verschafft wird.

Bei den drei genannten (verwaltungsgerichtlichen) Verfahren handelt es sich um echte Rechtsprechungsaufgaben, nämlich um die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten. Bei der Ver-

1) Vgl. auch S. 21 Anm. 3

2) Friesenhahn, Thoma-Festschrift S. 21 (49 f.)

fassungsbeschwerde liegt dies auf der Hand. Der Bürger wendet sich gegen die öffentliche Gewalt, richtig muß man sagen, er wehrt sich gegen einen - tatsächlichen oder vermeintlichen - Mißbrauch der öffentlichen Gewalt durch einen Inhaber dieser Gewalt, also einen bzw. mehrere Organwalter. Damit stehen - zumindest der Idee nach, denn so ist das Verfahren in Wirklichkeit ja nicht ausgestaltet - die "Parteien" der Verfassungsbeschwerde fest.

Das Verfahren bei der Entziehung der Ausübung von Grundrechten (Art. 18 GG) und bei dem Verbot einer Partei wegen Verfassungswidrigkeit (Art. 21 Abs. 2 GG) ist dem Strafverfahren vergleichbar. Ausspruch der Verwirkung von Grundrechten und Parteienverbot sind Exekutivakte¹⁾, die aber ebenso wenig dem Bundesverfassungsgericht überlassen sind wie das Strafen den Strafgerichten. Wenn Peters schreibt, "systematisch richtig nach der Gewaltenteilungslehre" müßte die Verwirkung der Grundrechte oder das Parteiverbot von der Exekutive ausgesprochen werden, wogegen dann die Betroffenen Klage vor dem Bundesverfassungsgericht müßten erheben können²⁾, ist dem entgegenzuhalten, daß die jetzige Regelung dem System der Gewaltenteilungslehre ebenso entspricht wie die von ihm vorgeschlagene und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sonst allgemein übliche. Es darf hier auf das bei der Strafgerichtsbarkeit im einzelnen Gesagte verwiesen werden. Der Grund für die obligatorische Klageerhebung durch die Exekutive ist hier wie dort der gleiche. Materielle Verwaltungstätigkeit wird weder vom Strafrichter noch vom Verfassungsgericht vorgenommen.

Die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts besteht vielmehr nur darin zu prüfen, ob der Antrag der Antragsberechtigten (§§ 36 und 43 BVGG) begründet ist. Sofern dies der Fall ist, stellt das Bundesverfassungsgericht fest, wie es im Bundesverfassungsgerichtsgesetz richtig heißt, welche Grundrechte der Antragsgegner verwirkt hat oder

1) Peters, Gewaltentrennung S. 20

2) Peters, Gewaltentrennung S. 21

daß die politische Partei verfassungswidrig ist (§§ 39 Abs. 1 und 46 Abs. 2 BVGG). Die Konsequenzen aus dieser Feststellung ergeben sich aus dem Gesetz und werden von der Exekutive verwirklicht. Das Bundesverfassungsgericht hat bei alledem nur eine urteilende und feststellende, keine exekutorische Aufgabe.

Ebensowenig nimmt das Bundesverfassungsgericht bei der Normenkontrolle gesetzgeberische Aufgaben wahr. Der Ausdruck "negativer Gesetzgeber", mit dem man Verfassungsgerichte im Zusammenhang mit der Normenkontrolle gelegentlich bedacht hat¹⁾, ist nicht nur sprachlich ein Unding, sondern auch unrichtig.

Die richterliche Prüfungsbefugnis war von jeher Gegenstand von Kontroversen²⁾; in den verschiedenen Meinungen spiegeln sich die Auffassungen von der Geltungskraft und Bindungswirkung des Gesetzes wider. Bei der Frage des richterlichen Prüfungsrechts dreht es sich darum, ob das formgerechte Produkt der Legislative, also das Gesetz, über oder unter den Gerichten steht³⁾. Durch die Anerkennung der richterlichen Prüfungsbefugnis wird der richterlichen Gewalt insoweit ein Übergewicht über die gesetzgebende Gewalt eingeräumt⁴⁾; dies ist jedoch weder eine "Überspannung des justiz-staatlichen Denkens" noch ein Verstoß gegen die Gewaltentrennung⁵⁾, sondern verhilft der Gewaltentrennung erst zu ihrer Wirksamkeit, da sie die gegenseitige

1) Kelsen, VVDStrL 5, 30 (56)
Leibholz, Status S. 111

2) Thoma AÖR 43, 267 (270)

3) Biert, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit S. 72, 83
Thoma AÖR 43, 267 (272)

4) Maunz, BVGG, Vorb. 25

5) a.A. Biert, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit S. 76
Wenn Maunz, Staatsrecht S. 249, schreibt, daß das richterliche Prüfungsrecht nicht nur von totalitären Verfassungssystemen, sondern auch von echten Demokratien "mit ganz folgerichtiger Gewaltentrennung" (z. B. Frankreich) abgelehnt werde, so ist ihm zu erwidern, daß eine derartige Gewaltenteilung nicht folgerichtig, sondern wirkungslos ist.

Kontrolle ermöglicht. Im Rechtsstaat ist die Normenkontrolle notwendiger Bestandteil des Aufgabenkreises der rechtsprechenden Gewalt¹⁾.

Wir haben zwischen der konkreten und der abstrakten Normenkontrolle zu unterscheiden. Allerdings ist diese Unterscheidung nur für die Frage, wie die Normenkontrolle in Gang gebracht wird, von Belang, nicht dagegen für die Frage, ob es sich bei der Normenkontrolle um Rechtsprechung handelt²⁾. Die Normenkontrolle bezweckt die Überwachung des Gesetzgebers³⁾ durch die Prüfung der von ihm erlassenen Normen am Maßstab des Grundgesetzes. Damit wird der Gesetzgeber zur "Partei" des Normenkontrollverfahrens. Unter dem Gesetzgeber sind hier sämtliche am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe zu verstehen, deren Tätigkeit einer nachträglichen Rechtskontrolle unterzogen wird.

Die Normenkontrolle ist ein objektives Verfahren⁴⁾, bei dem es keine Anspruchsberechtigten und keine subjektiv Verpflichteten gibt, in dem es lediglich um objektives Recht geht. Dennoch ist m.E. die Auffassung Geigers⁵⁾ falsch, die Normenkontrolle kenne keine Parteien und keine Beteiligten, insbesondere keine Antragsgegner. Sicher tritt der "Gesetzgeber" beim Normenkontrollverfahren äußerlich nicht als Partei⁶⁾ in Erscheinung; aber immerhin muß das Bundesver-

1) Jerusalem, Staatsgerichtsbarkeit S. 51
Wintrich, Nawiasky-Festschrift S. 191 (204)

2) Wintrich aaO

3) Wobei die vorbeugende Wirkung durch die bloße Möglichkeit einer Normenkontrolle auf die Tätigkeit des Gesetzgebers sicher größer ist als die von der relativ doch geringen Zahl der tatsächlich durchgeführten Verfahren ausgehende Wirkung.

4) Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit S. 24
Geiger DÖV 1952, 481 (485)
Leibholz, Status S. 111
BVGE 1, 396

5) Geiger DÖV 1952, 481 (485)

6) Man könnte mit Maunz, Die Stellung des Staates S. 388 ff., von einer formellen Partei sprechen. Ich halte aber die Unterscheidung materielle - formelle Partei nicht für glücklich; richtiger scheint es mir, zwischen objektiven und subjektiven Rechtsbeziehungen zu unterscheiden, die Parteistellung aber davon unberührt zu lassen.

fassungsgericht den betreffenden Bundes- bzw. Landesorganen nach §§ 77, 82 Abs. 1 BVGG Gelegenheit zur Äußerung geben. In dieser Regelung haben wir einen Ausfluß des Anspruchs auf rechtliches Gehör, das das Grundgesetz jedem Verfahrensbeteiligten einräumt, vor uns. Es ist daher verfehlt, wenn Geiger beim Normenkontrollverfahren noch nicht einmal von Beteiligten sprechen will. "Beteiligt" sind zumindest auch die Antragsteller, bei der abstrakten Normenkontrolle die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Drittel der Mitglieder des Bundestages, bei der konkreten Normenkontrolle das vorlegende Gericht, das in dem Vorlagebeschluß seine Rechtsauffassung zum Ausdruck bringt. Es darf dabei nochmals hervorgehoben werden, daß diese Antragsberechtigten keine subjektiven Rechte verfolgen. Durch ihren Antrag bzw. ihre Vorlage haben sie sich in eine Parteirolle begeben und veranlaßt, daß über die Rechtmäßigkeit eines Gesetzes, also über das Produkt der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe, entschieden wird.

Auch die Normenkontrolle kann danach als "Entscheidung eines Einzelfalles" begriffen werden. Freilich wird - bei der konkreten Normenkontrolle - nicht über den Rechtsstreit entschieden, der Anlaß zur Vorlage gegeben hat. Entschieden wird vielmehr, ob sich der Gesetzgeber hinsichtlich der zu überprüfenden Norm an das übergeordnete Recht gehalten hat, ob das von ihm erlassene Gesetz gerecht ist. Bei der Normenkontrolle, zu der es nur auf Antrag oder auf Vorlage hin kommt, handelt es sich um Rechtsprechung und nicht um Gesetzgebung.

Wir haben festgestellt, daß die Gesetzgebung im Dienste der politischen Gestaltung des staatlichen Lebens steht. Für die Gesetzgebung ist, wie Wintrich es ausdrückt¹⁾, "die freie Setzung und Gestaltung objektiven Rechts" charakteristisch. Daß das Bundesverfassungsgericht eine aktive politische, d.h. gestaltende Funktion nicht hat, haben wir ebenfalls bereits herausgestellt - eine solche Funktion hat das Bundesverfassungsgericht auch nicht in der Normenkontrolle.

1) Nawiasky-Festschrift S. 191 (204)

Die gegenteilige Auffassung, daß die Normenkontrolle materiell nicht zur Rechtsprechung, sondern zum Bereich der Gesetzgebung zu rechnen sei¹⁾, findet auch keine Stütze in § 31 Abs. 2 BVGG, wonach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Normenkontrollverfahren Gesetzeskraft zukommt; denn von der gesetzlich festgelegten Geltungskraft der Entscheidung darf nicht auf die Art der wahrgenommenen Tätigkeit geschlossen werden. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind richterliche Entscheidungen; daß ihnen in bestimmten Fällen nach § 31 Abs. 2 BVGG Gesetzeskraft zukommt, hat nicht zur Folge, daß sie selbst Gesetze sind²⁾. Sie haben nur dieselbe Bindungswirkung wie ein Gesetz, d. h. sie sind für alle maßgeblich, also auch für den Gesetzgeber³⁾. Nur auf diese Weise können die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ihren Zweck erfüllen, auch den Gesetzgeber an den von der Verfassung vorgegebenen Weg des Rechts zu binden und die Befolgung der Verfassungsgrundsätze, insbesondere die Verwirklichung der Grundrechte, zu garantieren.

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Normenkontrollverfahren sind deklaratorischer Natur, und zwar gerade auch dann, wenn die Norm für verfassungswidrig und nichtig erklärt wird⁴⁾. Es wird dadurch kein neuer Rechtszustand geschaffen; es wird nur die Rechtslage, die bereits vorher bestand, daß nämlich ein Gesetz verfassungsgemäß

- 1) Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 123, 128, 131, 134, 150
Geiger DÖV 1952, 481 (482): "Das Bundesverfassungsgericht gewinnt damit ein Stück Gesetzgebungszuständigkeit."
Scheuner DVBl 1952, 293 (297): "Einführung des Verfassungsgerichts in den Kreis der gesetzgebenden Faktoren"
Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 70
- 2) W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 10
Wintrich, Nawiasky-Festschrift S. 191 (204)
- 3) Der Gesetzgeber ist natürlich befugt, und es wird sogar regelmäßig als seine Aufgabe anzusehen sein, die Lücke, die durch eine ein Gesetz für nichtig erklärende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts entsteht, mit neuem, der Entscheidung entsprechendem Gehalt auszufüllen.
- 4) Bettermann ZZP 72, 32 (37)
Wintrich, Nawiasky-Festschrift S. 191 (204)

oder verfassungswidrig ist, verbindlich festgestellt¹⁾. Mit Gesetzgebung, die auf die Schaffung einer neuen Rechtslage gerichtet ist, hat das Normenkontrollverfahren somit nichts zu tun. Bettermann weist mit Recht darauf hin²⁾, daß auch die Kontrolle der Verwaltungsakte durch die Verwaltungsgerichte anerkanntermaßen Rechtsprechung und nicht Verwaltung ist, obwohl das Verwaltungsgericht, wenn es der Klage stattgibt, den angefochtenen Verwaltungsakt nicht (nur) für rechtswidrig oder nichtig erklärt, sondern ihn (auch) aufhebt.

Die gesamte Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts einschließlich der Normenkontrolle erweist sich somit als Rechtsprechung³⁾, das Bundesverfassungsgericht als echtes Gericht. Mit der Normenkontrolle ist den Gerichten eine Kontrolle auch über den Gesetzgeber eingeräumt, wobei dem Bundesverfassungsgericht eindeutig die Führungsrolle zukommt, alle anderen Gerichte aber wichtige Mitarbeit zu leisten haben⁴⁾.

Mit gewisser Berechtigung hat man das Bundesverfassungsgericht als "Hüter der Verfassung" bezeichnet⁵⁾. Es darf aber nicht übersehen werden, daß das Bundesverfassungsgericht kein aktives Wächteramt ausübt, sondern zur Wahrnehmung seiner ihm durch die Verfassung zugewiesenen Aufgaben auf die Initiative Dritter angewiesen ist, wobei, wie oben (S. 70 f.) näher dargelegt, § 32 BVGG eine gewisse Ausnahme macht. Von dieser Ausnahme abgesehen ist das Bundesverfassungsgericht, wenn es nicht angerufen wird, in

1) W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 10
Leibholz, Status S. 111

2) ZZP 72, 32 (37)

3) Klein DÖV 1964, 471 (473)

4) Bachof, Grundgesetz und Richtermacht S. 21

5) Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt S. 137
Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 118
von der Heydte, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 493 (503)
Kelsen, VVDStrL 5, 30
Leibholz, Status S. 144
Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat S. 350
Werner, Richterstaat S. 20

seiner Rolle als "Hüter der Verfassung" machtlos¹⁾. Auch das Bundesverfassungsgericht ist zur Streitentscheidung berufen, die wir als das Kriterium der Rechtsprechung herausgestellt haben.

3. Die richterliche Unabhängigkeit

a) Das Wesen der richterlichen Tätigkeit

Rechtsprechung ist Streitentscheidung; Aufgabe der Richter, denen die rechtsprechende Gewalt nach Art. 92 GG anvertraut ist, bildet die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten auf Anruf.

Gegenstand der Rechtsprechung sind Rechtsstreitigkeiten aber nur insoweit, als sie auf Grund eines menschlichen Verhaltens aus Anlaß eines konkreten Falles entstanden sind und für einen, mehrere oder gar alle Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft ein Interesse an ihrer Entscheidung, das sog. Rechtsschutzinteresse, besteht. Rein theoretische Fragen hat der Richter nicht zu entscheiden, und eine gutachterliche Tätigkeit gehört nicht zu seinem Aufgabenbereich²⁾.

- 1) Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 138: "Der Verfassungsrichter ist daher kein geborener Hüter." Das Bundesverfassungsgericht ist gerade nicht die Instanz, die darüber wacht, daß kein Organwalter seine Kompetenz überschreitet oder sonst die Verfassung verletzt, wie Loewenstein, AÖR 78, 260 (263), behauptet. Das Wächteramt müssen andere Instanzen übernehmen. Im Grunde ist Hüter der Verfassung jede Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit:
Müller DÖV 1953, 304 (307).
Thoma JÖR 6, 161 (168): "... verkehrt, einen Gerichtshof mit dem ohnehin unklaren Begriff Hüter der Verfassung zu schmücken, obwohl der Gerichtshof nicht spontan, sondern nur auf Anruf tätig werden kann."
- 2) Die Streichung des § 97 BVGG ist daher vom dogmatischen und, da so einer Überlastung des Bundesverfassungsgerichts vorgebeugt wird, auch vom praktischen Standpunkt her zu begrüßen.

Durch die Tätigkeit des Richters soll der Streit, die Entgegensetzung der Parteien beendet werden. Am erstrebenswertesten ist die Beilegung eines Rechtsstreites durch einen Vergleich. Läßt sich ein Vergleich zwischen den Parteien nicht erzielen, so muß der Richter im konkreten Fall zu einer Entscheidung kommen, auch dann, wenn es für diesen Fall eine gesetzliche Regelung nicht gibt, was ja gar nicht so selten vorkommt¹⁾. Auf das Problem der "richterlichen Rechtsfortbildung"²⁾ kann hier nicht näher eingegangen werden, jedoch darf dies angemerkt werden: Soweit sich durch die Rechtsprechung eine Rechtsfortbildung ergibt, folgt diese nicht aus dem Wesen der Rechtsprechung³⁾ und ist sie von der Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber grundverschieden. Während die Tätigkeit des Gesetzgebers geradezu auf die Aus- und Umgestaltung der bestehenden Ordnung gerichtet ist, hat der Richter diese Ordnung nur auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Tritt auf Grund dieser Überprüfung an Hand eines Einzelfalles an Stelle der bisher befolgten Regelung, die von der Rechtsprechung für ungerecht befunden wurde, eine neue Regelung, ohne daß der Gesetzgeber einschreitet, so ist dies ein Nebenprodukt der Rechtsprechung, allerdings ein Nebenprodukt, dem im praktischen Leben höchste Wirksamkeit zukommt und das der Rechtsprechung eine über die Entscheidung des Einzelfalles hinausgehende Bedeutung verleiht⁴⁾. Am Wesen der Rechtspre-

- 1) Auch diese Tatsache zeigt wiederum, daß Rechtsprechung nicht nur und nicht in erster Linie Gesetzesanwendung ist.
- 2) Vgl. § 137 GVG
- 3) W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 11: "Wenn trotzdem die Rechtsprechung im Laufe der Zeit rechtsbildend wirken kann, so hängt dies mit der Macht der Tatsachen zusammen, die sich zu Gewohnheitsrecht oder ähnlichen Rechtsbildungen verdichten können, und nicht mit einer dem Richter erteilten Vollmacht zur Rechtssetzung."
- 4) Dies betont besonders Bachof, Grundgesetz und Richtermacht S. 8: "Wir wissen heute, daß schon in jeder richterlichen Interpretation einer Norm zugleich Normgestaltung, in jedem richterlichen Werturteil stets ein Stück echter und originärer Entscheidung über die Rechtsordnung lag und liegt." Dennoch ist die richterliche Rechtserkenntnis keine "nach- und weitergedachte Gesetzgebung" (so Kramer, Diss. S. 146).

chung als der Entscheidung eines konkreten Rechtsstreites vermag dies jedoch nichts zu ändern; der Richter wird dadurch nicht zum Gesetzgeber.

Richterliche Tätigkeit ist das Urteilen über menschliches Verhalten, ist also notwendigerweise stets auf die Vergangenheit bezogen¹⁾. Daß der Richter auch die Auswirkungen seiner Entscheidung auf die Zukunft zu bedenken hat, und zwar sowohl hinsichtlich der Auswirkung auf die Zukunft der unmittelbar am Prozeß Beteiligten und von der Entscheidung Betroffenen als auch wegen der soeben besprochenen Reflexwirkung auf die gesamte Rechtsordnung, und daß das richterliche Urteil von diesen Erwägungen mitbeeinflusst sein muß, ist nahezu eine Selbstverständlichkeit. Jeder Prozeß soll nicht nur einen Streit beenden, sondern auch der Entstehung neuer Streitigkeiten vorbeugen und so der Wiederherstellung und zugleich der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens dienen.

Im Vordergrund der Rechtsprechung steht jedoch immer die Entscheidung des einzelnen und in seiner Ausgestaltung besonderen Falles; an dem, was in dem jeweiligen Fall geschehen ist und vor den Richter gebracht wird, orientiert

1) Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt S. 12

Hiervon machen auch die sog. Gestaltungsurteile keine Ausnahme. Sie ergehen auf Grund eines (konkreten oder fingierten) Streites um die rechtliche Zulässigkeit solcher Gestaltung (Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S.69). Wir haben hier die gleiche Verfahrensweise wie bei den Verfahren des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 18 S. 2, 21 Abs. 2 S. 2 GG, d. h. es wird nicht eine vorher durch eine Partei getroffene Gestaltung durch den Richterspruch bestätigt oder verworfen, sondern die gestaltende Erklärung erfolgt erst im Urteil. Damit sind die Gestaltungsurteile aber keine Verwaltungsakte, sondern bleiben Rechtsprechungsakte. So ist z.B. im Ehescheidungsverfahren die eigentliche richterliche Tätigkeit die Untersuchung und Feststellung, ob das Verhältnis der Parteien dem Wesen der Ehe gerecht wird. Ist dies nicht der Fall, so ist der anschließende Ausspruch, daß die Ehe geschieden wird, materiell verwaltende Tätigkeit, die aus Zweckmäßigkeitsgründen sogleich vom Richter vorgenommen wird.

sich in erster Linie seine Tätigkeit. Gerechte Entscheidung des Einzelfalles, nicht die Errichtung einer Gesamtordnung ist Aufgabe des Richters¹⁾.

Durch die Rechtsprechung wird die durch einen Streit gestörte Ordnung wiederhergestellt und die Geltung des Rechts gesichert. Der Richter hat daher nicht so sehr "die Ordnung zu bewahren"²⁾, als vielmehr Störungen der Ordnung, die von den Betroffenen als ungerecht empfunden werden, zu beseitigen, auszugleichen, durch seinen Spruch festzustellen, welcher Zustand den Anforderungen der Gerechtigkeit entspricht, und so die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß dieser gerechte Zustand herbeigeführt werden kann. Für den Richter steht das Recht im Mittelpunkt, das Recht gibt seinem Denken und Handeln ausschließliche Richtung³⁾. Die richterliche Tätigkeit steht ganz und gar im Dienste der Gerechtigkeit⁴⁾.

b) Die Unabhängigkeit als Korrelat zur Bindung ans Recht

Vom dogmatischen Standpunkt her ist es zu bedauern, daß Art. 102 WRV ("Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.") sowohl vom Grundgesetz (Art. 97 Abs. 1) als auch mit einer geringfügigen Änderung vom Deutschen Richtergesetz (§ 25: "Der Richter ist ...") wörtlich übernommen wurde, und zwar gibt diese Formulierung in zweifacher Hinsicht zu Bedenken Anlaß.

Zum einen wird der Richter "nur dem Gesetz unterworfen", während nach Art. 20 Abs. 3 GG die Rechtsprechung an

- 1) Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (51)
- 2) Im "Bewahren der Ordnung" sieht Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 101, die richterliche Aufgabe und somit das Charakteristikum der Rechtsprechung. Vgl. hierzu auch: Ad. Arndt NJW 1963, 1273 (1283)
- 3) Geiger, Juristenjahrbuch Bd. 3 S. 82 (86)
Eb. Schmidt, Die Sache der Justiz S. 9
- 4) E. von Hippel DRiZ 1954, 65 (67); JZ 1956, 1 (3)

Gesetz und Recht gebunden ist¹⁾. Damit steht Art. 97 Abs. 1 GG zwar nicht im Widerspruch zu Art. 20 Abs. 3 GG; denn Art. 97 Abs. 1 GG berührt nicht die Verpflichtung des Richters auf das Recht, sondern soll nur die richterliche Weisungsfreiheit betonen²⁾. Aber immerhin läßt der Wortlaut von Art. 97 Abs. 1 GG und von § 25 DRiG die Möglichkeit eines solchen Widerspruchs zu, und wenn Koellreutter schreibt³⁾, der Begriff des Gesetzes sei in Art. 97 Abs. 1 GG nicht im Sinne des Positivismus, sondern in höherem Sinne gemeint, der Richter sei also auch an das überpositive Recht gebunden, so steht dieser Auslegung der klare Wortlaut entgegen.

Der Richter ist ausschließlich an das Recht gebunden, an das Gesetz nur insoweit, als es mit dem Recht vereinbar ist. Auch wenn Art. 97 Abs. 1 GG diese Bindung an das Recht unberührt läßt, wäre es für das Verständnis der richterlichen Stellung und Tätigkeit besser gewesen, wenn der Verfassungs- und der Gesetzgeber nicht "wieder die alte traditionelle Formel angewendet" hätte, "die in der Zeit eines entarteten Gesetzespositivismus genug Unheil angerichtet hat" und die auf das vom Grundgesetz und "vom Deutschen Richtergesetz abgelehnte Richterbild hindeutet"⁴⁾, sondern die Bindung des Richters an das Recht klar zum Ausdruck gebracht hätte.

Zum anderen stehen die beiden Teile des Satzes "Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen" nicht in der richtigen, ihrem Sinnzusammenhang entsprechenden Reihenfolge. Nach der jetzigen Fassung erscheint die Unterwerfung des Richters unter das Gesetz als Begrenzung seiner Unabhängigkeit⁵⁾, als das Primäre, Ausschlaggebende.

1) Freilich löst auch Art. 20 Abs. 3 GG nicht den Konflikt, der sich bei einem Widerspruch zwischen Gesetz und Recht ergibt.

Vgl. hierzu: Stein, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz

2) Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde S. 49

3) Staatsrecht S. 239

4) Eb. Schmidt JZ 1963, 73 (75)

5) so Heckermann, Diss. S. 63

Man begegnet daher in der staatsrechtlichen Literatur der Auffassung, daß der Grundsatz der Unabhängigkeit als "Gegengewicht"¹⁾, "notwendigen Gegenpol"²⁾ die Unterwerfung des Richters unter das Gesetz enthalte, daß sich aus der Unabhängigkeit mit Notwendigkeit die Bindung des Richters an die Wertewelt des Rechtes ergebe³⁾.

Dieser Betrachtungsweise, zu der freilich der Gesetzeswortlaut verführt, können wir uns nicht anschließen. Die Bindung ans Gesetz ist nicht als Beschränkung, als Gegenpol einer absolut aufzufassenden Unabhängigkeit anzusehen, sondern umgekehrt: weil das Richten die absolute Bindung des Richters ans Recht erfordert, muß er von allen übrigen Bindungen frei, unabhängig gestellt sein. Die Unabhängigkeit ist die Folge der Bindung des Richters ans Recht⁴⁾. Art. 97 Abs. 1 GG und § 25 DRiG müßten richtig lauten: "Die Richter sind nur ans Recht gebunden und deshalb unabhängig."⁵⁾

Die richterliche Unabhängigkeit ist, wie jede rechtverstandene Freiheit, nicht Freiheit von jeglicher Bindung⁶⁾, sondern Freiheit zu einer ausschließlichen Bindung, nämlich der Bindung an das Recht⁷⁾. Richterliche Unabhängigkeit ist Unabhängigkeit zum Recht⁸⁾. Eine gerechte Entscheidung kann nur der treffen, der die Freiheit dazu besitzt. Die Unabhängigkeit ist im Begriffe Richter bereits enthalten:

1) Kern, Hdb. d. Dt. Str. S. 475 (491)

2) Koellreutter, Staatslehre S. 125

3) Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil I Randn. 393

4) Rumpf, VVDStrL 14, 136 (158)

5) Geiger, Juristenjahrbuch Bd. 3 S. 82 (86)

6) Kaufmann, VVDStrL 9, 1 (3)

7) Jaspers, Wahrheit und Leben S. 521 (524): "Freiheit aber ist nicht aus dem Nichts. Sie ist nicht Willkür, nicht beliebiges Meinen. Erst in der Hingabe an Wahrheit ist erfüllte Freiheit möglich. Freiheit ist leer, wenn nicht die Wahrheit gemeint ist, der sie entspringt und der sie dient." In diesem Sinne ist auch die richterliche Unabhängigkeit, die aus der Gerechtigkeit entspringt und ihr dient, zu verstehen.

8) Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 94

"Unabhängigkeit ist also schon mitgedacht, wo immer Richter gesagt wird."¹⁾

Anselm von Feuerbach hat diesem Gedanken in seiner berühmten Antrittsrede bei der Einführung als 1. Präsident des Appellationsgerichts in Ansbach am 21. 4. 1817 in unvergleichlicher Weise Ausdruck verliehen²⁾: "... das Amt (des Richters), das die Pflicht auf sich hat, keinem anderen Herrn zu dienen als der Gerechtigkeit, keinem anderen Willen zu gehorchen als dem Willen des Gesetzes. Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes sind schon im bloßen Begriff von einem Richter so wesentlich enthalten, daß ein Gesetz oder eine Verordnung, welchen den Richtern jene Selbständigkeit und Unabhängigkeit ausdrücklich zusicherte, dem Richteramte nichts beilegen würde, was es nicht schon in sich selbst besäße, und bloß als ausdrückliche Anerkennung der Schranken der höchsten Macht, von Seite dieser selbst, nicht ohne alle Bedeutung sein würde." Die Unabhängigkeit des Richters ist die "denknotwendige Folge seiner Rechtsprechungs-Aufgabe"³⁾, sie gehört ursprünglich und wesentlich zum Richter⁴⁾.

Damit erweist sich die Auffassung Bettermanns, die (sachliche) Unabhängigkeit sei kein begriffsnotwendiger Bestandteil der Rechtsprechung⁵⁾ und nicht aus dem Wesen des Richters und der Rechtsprechung zu rechtfertigen⁶⁾, als falsch. Seine Beobachtung, daß Art. 97 Abs. 1 GG leerlaufen würde,

1) Heinsheimer, Von der Unabhängigkeit S. 27

2) A. von Feuerbach, Richteramt S. 8

3) Wertenbruch, Rpfleger 1962, 77 (82)

4) Bonner Kommentar (Holtkotten) Art. 92 GG Erl. II, 3 a
Geiger, Juristenjahrbuch Bd. 3 S. 82 (86)
Heckermann, Diss. S. 6
Jahrreiß, Mensch und Staat S. 113 (126)
Kern Gerichtsverfassungsrecht S. 125
Kramer, Diss. S. 36
Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat S. 261
Eb. Schmidt, Die Sache der Justiz S. 9
Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (56, 58)
BVGE 4, 331 (346): "begriffsimmanent"

5) Oben S. 2 Anm. 6

6) Oben S. 1 Anm. 1

wenn die Unabhängigkeit wesensmäßig zum Richter gehörte, ist im Kern richtig: Art. 97 Abs. 1 GG deklariert etwas Selbstverständliches¹⁾. Daß eine solche Deklaration nicht ohne Bedeutung ist, hat uns Feuerbach in dem eben wiedergegebenen Zitat gezeigt. Die Methode Bettermanns, aus einem für das Verfassungsleben höchst wertvollen, dogmatisch aber zugegebenermaßen überflüssigen Verfassungssatz dogmatische Rückschlüsse zu ziehen, ist verfehlt. Eine Verfassung ist kein staatsrechtliches Lehrbuch, sondern dient praktischen Zwecken²⁾.

Auch die von Bettermann in diesem Zusammenhang³⁾ aufgestellte These, das Richten nach Weisungen sei kein Selbstwiderspruch, bedarf der Richtigstellung. Bettermann sieht den Richter der doppelten Weisung des Gesetzgebers einerseits, der Gerichte andererseits unterworfen, so daß seine Entscheidungsfreiheit auf einen engen Raum begrenzt werde.

Grundsätzlich ist Bettermann zunächst entgegenzuhalten, daß richterliche Unabhängigkeit nicht eine totale Isolierung der richterlichen Gewalt bedeutet⁴⁾, sondern gerade aus einer bestimmten Bindung, eben der Bindung ans Recht,

- 1) Die Verfassung von Bayern verzichtet auf eine besondere Herausstellung der richterlichen Unabhängigkeit und sagt in Art. 85 lediglich: "Die Richter sind nur dem Gesetz unterworfen." Damit ist ihre Unabhängigkeit bereits garantiert:
Nawiasky, Grundgedanken S. 128
- 2) Natürlich wäre es zu begrüßen, wenn eine Verfassung den jeweiligen Erkenntnissen der Staatsrechtslehre entsprechen würde, wenn also z. B. Art. 97 Abs. 1 GG die oben (S. 86) vorgeschlagene Fassung hätte.
- 3) Oben S. 1 Anm. 1
- 4) Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 92:
"Eine staatliche Gewalt, die totale Unabhängigkeit beanspruchen könnte, ist entweder vollendete Machtpotenz, weil sie aus ihrer Überhöhung alles zu bestimmen vermöchte, oder überhaupt handlungsunfähig, weil sie im notwendig beziehungsreichen und damit abhängigkeitsreichen staatlichen Betätigungsfeld nicht aufzutreten vermöchte. Jenes ist unerträglich, dieses ist widersinnig."

entspringt und von dieser Bindung her ihren Wert und ihre eigentliche Berechtigung erfährt¹⁾. Diese Bindung, der der Richter verpflichtet ist, ist aber nicht das, was man unter einer "Weisung" versteht. Zudem trifft es auch nicht zu, daß der Richter der doppelten Weisung des Gesetzgebers und der Gerichte unterliegt.

An die Weisung des Gesetzgebers ist der Richter nur insoweit gebunden, als diese Weisung, also das Gesetz, mit dem Recht vereinbar ist. An das ungerechte Gesetz ist der Richter nicht gebunden. Daß der Richter bei nachkonstitutionellen Gesetzen keine Verwerfungskompetenz hat, sondern die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines von ihm für ungerecht gehaltenen Gesetzes gemäß Art. 100 Abs. 1 GG vom Bundesverfassungsgericht entscheiden lassen muß, beruht auf wohlbegründeten Zweckmäßigkeitsüberlegungen; immerhin bleibt aber die Entscheidung in richterlicher Hand. Allerdings darf nicht verkannt werden, daß der bzw. die einzelnen Richter des vorlegenden Gerichts in eine schwierige Konfliktsituation geraten können, wenn das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes bejaht. Wie dieser Konflikt zu lösen ist, kann nur im Einzelfall von dem betroffenen Richter und seinem Gewissen entschieden werden. Entweder findet sich der Richter damit ab, daß die Verantwortung vom Bundesverfassungsgericht getragen wird, oder er muß - in letzter Konsequenz - seinen Dienst quittieren.

Sodann besteht auch keine Bindung an Weisungen anderer rechtsprechender Organe. Kein Gericht darf in das schwebende Verfahren eines anderen Gerichts eingreifen und diesem Gericht Weisungen erteilen. Die von Bettermann angeführten Beispiele²⁾ widersprechen diesem Grundsatz nur scheinbar; bei näherem Hinsehen ergibt sich, daß es sich nicht um Weisungen handelt, die die Freiheit und Unabhängigkeit des

1) Bettermann, JZ 1962, 509 (511), schreibt selbst, daß die (sachliche) Unabhängigkeit identisch sei mit der ausschließlichen Bindung an Gesetz und Recht - dann kann aber doch die Unabhängigkeit nicht durch diese Bindung eingeengt werden.

2) Die Grundrechte Bd. III, 2 S. 523 (536 - 540)

Richters beeinträchtigen, sondern um Institutionen, die die Tätigkeit des Richters im Interesse der Rechtssicherheit und damit des Rechtsfriedens in bestimmter Weise lenken und ein ordnungsgemäßes und sinnvolles Prozessieren garantieren.

Deutlich zeigt sich dies bei der Bindung des Richters an die materielle Rechtskraft (§ 322 Abs. 1 ZPO) und an eigene End- und Zwischenurteile (§ 318 ZPO) sowie bei der Bindung der Revisionsinstanz an die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz (§§ 561 Abs. 1 ZPO, 352 StPO). Der Richter kann hier nicht in seiner Entscheidungsfreiheit gehemmt sein, da er überhaupt nicht mehr zur Entscheidung berufen ist. Vielmehr soll das einmal Festgestellte und Entschiedene bestehen bleiben, es soll nicht wieder und wieder über dieselbe Frage entschieden werden.

Ebenso steht der Vorlagezwang nach § 121 Abs. 2 GVG, wenn ein Oberlandesgericht von der Rechtsauffassung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will, im Dienste der Rechtssicherheit, da dadurch im gewissen Umfange eine einheitliche Rechtsprechung gewährleistet wird. Dieser Vorlagezwang verletzt die richterliche Unabhängigkeit genausowenig wie der Aussetzungs- und Vorlagezwang bei der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG oder wie die gesamte Einrichtung des Instanzenzuges.

Der Instanzenzug dient im Grunde demselben Ziel wie die richterliche Unabhängigkeit, nämlich der Verwirklichung des Rechts, und die gemeinsame Zweckbezogenheit schließt eigentlich bereits einen Widerspruch zwischen beiden aus. Durch eine im Instanzenzug erfolgte Entscheidung wird die richterliche Unabhängigkeit nicht berührt. Im Instanzenzug wird nicht nur der ursprüngliche Rechtsstreit auf "höherer Ebene" fortgesetzt, sondern mit der Einlegung eines Rechtsmittels wird von dem Rechtsmittelführer gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß er die Entscheidung der Vorinstanz nicht für gerecht hält. In jeder höheren Instanz wird somit zugleich die Tätigkeit des bzw. der vorinstanzlichen

Richter auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft, da nur gerechte Entscheidungen dem Staate entsprechen und als vom Staat ergangen anzusehen sind¹⁾.

Wird nun eine richterliche Entscheidung in der nächsthöheren Instanz bestätigt, so wird damit anerkannt, daß der oder die Richter von ihrer Unabhängigkeit rechten Gebrauch machten, indem sie sie zweckentsprechend nutzten, eine gerechte Entscheidung herbeizuführen. Wird die vorinstanzliche Entscheidung dagegen aufgehoben, so bedeutet dies, daß sie nicht gerecht war und keine Verbindlichkeit beanspruchen kann, daß weiterhin die Richter, die sie erlassen haben, von ihrer richterlichen Unabhängigkeit nicht den richtigen Gebrauch machten oder machen konnten.

Es wäre verfehlt, dabei von einem Mißbrauch oder auch nur Fehlgebrauch der richterlichen Unabhängigkeit zu reden, also dem Richter einen Vorwurf zu machen, wenn sein Urteil in einer höheren Instanz aufgehoben wird. Ein solcher Vorwurf ist nur dann berechtigt, wenn der Richter vorsätzlich oder auch nur leichtfertig falsch entschieden hat. Wenn der Richter aber alle ihm zur Verfügung stehenden Kräfte angestrengt und Möglichkeiten ausgeschöpft hat und sein Urteil wird trotzdem aufgehoben, so wird ihm niemand einen Vorwurf daraus machen. Denn die Erkenntnis des Rechts ist keine mechanisch zu bewältigende Aufgabe, man kann sie nur bis zu einem gewissen Grade erlernen, letztlich bleibt sie Gabe, Eingebung. Es kann gelegentlich auch der Fall sein, daß an Stelle einer aufgehobenen gerechten Entscheidung eine ungerechte Entscheidung tritt. Nicht alle letztinstanzlichen Entscheidungen sind mit dem Recht vereinbar; auch Bundes- oder Bundesverfassungsrichter können irren.

Die Freiheit zum Recht schließt die Möglichkeit und die Gefahr der Entscheidung fürs Unrecht in sich - sonst wäre es keine Freiheit. Wenn der Gesetzgeber den Instanzenzug einrichtet, so ist er sich der eben aufgezeigten Gefahr einer ungerechten Entscheidung in höherer oder höchster

1) Vgl. oben S. 24 ff.

Instanz, vielleicht sogar bei einer gerechten Entscheidung in der unteren Instanz, wohl bewußt. Er vertraut jedoch darauf, daß die höheren Instanzen auf Grund der stärkeren Besetzung der Kammern bzw. Senate und auf Grund der zumindest durchschnittlich höheren Qualifikation ihrer richterlichen Mitglieder die bessere Gewähr für ein gerechtes Urteil bieten als die unteren Instanzen. Sollte sich diese Hoffnung im Einzelfall einmal in ihr Gegenteil verkehren, so muß dies in Kauf genommen werden; um der Rechtssicherheit willen wird vermutet, daß die Entscheidung der letzten Instanz die gerechte ist und somit Verbindlichkeit besitzt.

Wenn ein Urteil in der Revisionsinstanz aufgehoben wird, sieht das Gesetz in gewissen Fällen eine Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung vor. Dabei bindet das Gesetz das Gericht, an das die Sache zurückverwiesen ist, an die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des Urteils von der Revisionsinstanz zugrunde gelegt ist (§§ 565 Abs. 2 ZPO, 358 Abs. 1 StPO). Diese Regelung, die wiederum einem praktischen Bedürfnis entspringt, kann man nicht gerade als glücklich und in jeder Hinsicht befriedigend bezeichnen¹⁾; dennoch ist sie - entgegen der Auffassung von Bettermann²⁾ - kein Beweis dafür, daß die richterliche Unabhängigkeit durch Weisungen anderer rechtssprechender Organe eingeengt wird³⁾.

- 1) Es ist immerhin zu begrüßen, daß im Zivilprozeß die Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zumindest möglich (§ 565 Abs. 1 S. 2 ZPO) und im Strafprozeß diese Zurückverweisung an eine andere als die bereits mit der Sache befaßte Kammer oder Abteilung nunmehr zwingend vorgeschrieben ist (§ 354 Abs. 2 StPO).
- 2) Die Grundrechte Bd. III, 2 S. 523 (537)
- 3) Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVGE 12, 67) verletzt ein Gesetz, das den Richter an die Entscheidungen eines anderen Gerichts bindet, nicht die richterliche Unabhängigkeit. Die Begründung aber, Art. 97 Abs. 1 GG betreffe nur das Verhältnis der Richter zu den Trägern nichtrichterlicher Gewalt, ist m. E. falsch. Der Richter unterliegt überhaupt keinen Weisungen, auch nicht denen anderer richterlicher Organe (ebenso Wilke, Diss. S. 81).

Daß sich die Rechtsprechung zumeist an den Rechtsauffassungen der letztinstanzlichen Gerichte orientiert, ist keine Besonderheit.¹⁾ Dadurch wird eine einheitliche Rechtsprechung herbeigeführt und die Gefahr, daß Entscheidungen später in höheren Instanzen aufgehoben werden, gemindert. Kein Richter fühlt sich überdies durch Präjudizien in seiner Unabhängigkeit eingeschränkt - im Zweifel kann und wird er eben anders entscheiden.

Schreibt nun das Gesetz eine derartige Bindung an die Rechtsauffassung der Revisions- und damit der letzten Instanz vor, so erst, nachdem das Gericht selbst - unabhängig und unbeeinflußt - eine Entscheidung getroffen hat und diese Entscheidung als ungerecht und "rechtsirrtümlich" aufgehoben worden ist. Dem vorinstanzlichen Gericht wird nunmehr Gelegenheit gegeben, seine Unabhängigkeit zum Recht erneut einzusetzen, und zwar zum Recht, wie es die letzte Instanz, deren Urteil schließlich als verbindlich gilt, auffaßt.

Einer Rechtsauffassung zu folgen, die er als völlig falsch, ungerecht und in ihren Auswirkungen gefährlich erkennt, kann natürlich kein Richter gezwungen werden²⁾, ja hier verbietet es ihm seine Unabhängigkeit, dem als Unrecht

1) Bedenklich ist nur, wenn höchstrichterliche Entscheidungen in dem Bestreben, den unteren Gerichten in unausgetragenen Fragen Anhaltspunkte für die Entscheidung ähnlicher Fälle zu geben und über ihre Rechtsprechungsaufgabe hinausgehen und gleich einen ganzen Katalog von Rechtsgrundsätzen aufstellen. Die Gerichte machen sich mit der heute üblichen Leitsatz-Rechtsprechung häufig zum "apokryphen Gesetzgeber" (Werner, Juristenjahrbuch Bd. 1 S. 68 (72)) - eine Funktion, die ihnen nicht zukommt. So hat zum Beispiel das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 10. 5. 1962 (NJW 1962, 1537) über die Rückzahlungsklausel bei Weihnachtsgratifikationen mehr den Charakter einer Rechtsverordnung als einer Gerichtsentscheidung.

2) Ein solcher Fall, daß ein Richter die Entscheidung eines Revisionsgerichts überhaupt nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann, wird freilich ganz selten sein. Im übrigen ist die Problematik hier die gleiche wie bei den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG (vgl. S. 89).

Erkannten Folge zu leisten. Die Bindungswirkung der Entscheidung der Revisionsinstanz kann nur so weit gehen, als sie geeignet ist, die Entscheidung der Vorinstanz in die richtigen oder doch wenigstens in vertretbare und mit dem Recht noch vereinbare Bahnen zu lenken, sie steht also nicht im Widerspruch zur richterlichen Unabhängigkeit, sondern soll ihr zur rechten Entfaltung und Betätigung verhelfen.

Die richterliche Unabhängigkeit besteht somit auch gegenüber anderen Richtern. Ihre Grenze hat sie aber da, wo ihre Rechtfertigung liegt: in der Bindung ans Recht. Der Richter ist trotz oder vielmehr gerade wegen seiner Unabhängigkeit an den schmalen Weg des Rechts gebunden. In der Unabhängigkeit zeigt sich die stärkste Bindung.

Die Unabhängigkeit ist daher, da sie unabdingbar zur Rechtsprechung gehört, kein "Privileg" des Richters, kein Selbstzweck¹⁾, sondern Aufgabe und Verantwortung²⁾. Es wäre gut, wenn diese Seite der Unabhängigkeit mehr betont würde. Wir sollten nicht so sehr stolz darauf sein, daß wir unabhängige, sondern mehr, daß wir ans Recht gebundene Richter haben.

c) Sachliche und persönliche Unabhängigkeit

Man pflegt die richterliche Unabhängigkeit in die sachliche und persönliche Unabhängigkeit zu unterteilen³⁾. Mit der sachlichen Unabhängigkeit meint man die Weisungsfreiheit

- 1) Baur, Justizaufsicht S. 17
Grünhut, Die Unabhängigkeit S. 3
Küster AÖR 75, 397 (399)
Löwe - Rosenberg (Schäfer) § 1 GVG Anm. 2
Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil I Randn. 393;
Die Sache der Justiz S. 9
Schmidt-Räntsch, § 25 DRiG Randn. 7
Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (58)
Wilke, Diss. S. 80
- 2) Küster AÖR 75, 397 (399)
Eb. Schmidt, Die Sache der Justiz S. 9
- 3) Maunz, Staatsrecht S. 230 (statt vieler)

des Richters gegenüber anderen Staatsorganen¹⁾, also das, was wir bisher einfach unter "Unabhängigkeit" verstanden haben, während man mit der persönlichen Unabhängigkeit die durch Art. 97 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich garantierte Unabsetzbarkeit, Unversetzbarkeit und Anstellung auf Lebenszeit der hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter bezeichnet²⁾.

Diese Aufspaltung der Unabhängigkeit in eine sachliche und eine persönliche Komponente, so sehr sie sich auch eingebürgert haben mag, ist für die Betrachtung und das Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit nicht nur ohne Wert, sondern geradezu gefährlich, da der persönlichen Unabhängigkeit allzu leicht der Charakter eines Privilegs gegeben wird.

Es gibt nur eine einzige richterliche Unabhängigkeit, die aus der ausschließlichen Bindung des Richters ans Recht resultiert. Die Garantien des Art. 97 Abs. 2 GG gehören nicht zum Begriffsinhalt der richterlichen Unabhängigkeit³⁾, die persönliche Unabhängigkeit ist kein Kriterium und kein wesensnotwendiger Bestandteil des Begriffes Richter⁴⁾, sondern soll die sachliche Unabhängigkeit schützen und gewährleisten⁵⁾.

Der Richter unterscheidet sich hierin nicht vom Beamten. Zwar sind die Garantien für den Richter in der Verfassung verankert und besonders weit ausgestaltet worden, aber auch

- 1) Maunz, Staatsrecht S. 230
Wilke, Diss. S. 81
- 2) Maunz, Staatsrecht S. 230
Wilke, Diss. S. 84
- 3) Schlegelberger, Rpfleger 1957, 135
- 4) Bonner Kommentar (Holtkotten) Art. 92 GG Erl. II, 3 b
Kleinrahm, Rpfleger 1952, 2 (7)
Peters, Gewaltentrennung S. 19
Schorn, Rpfleger 1957, 267 (268)
v. Turegg NJW 1953, 1201 (1204)
Wertenbruch, Rpfleger 1962, 77 (81); DRpfIZ 1963, 49 (56)
BGHZ 10, 55 (59)
- 5) Baur, Justizaufsicht S. 17
Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt S. 87
Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 227
Jahrreiß, Mensch und Staat S. 113 (131)
Schlegelberger, Rpfleger 1957, 135
Wertenbruch, Rpfleger 1962, 77 (81)

der "auf Lebenszeit" berufene Beamte hat wie der "unabsetzbare" Richter bei gewissenhafter Pflichterfüllung für seine Stellung nichts zu fürchten¹⁾.

Daß die persönliche Unabhängigkeit kein Wesenselement der Rechtsprechung ist, folgt, abgesehen von der Fassung des Art. 97 Abs. 2 GG, zwingend auch bereits daraus, daß zu den Richtern, denen Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt anvertraut, auch die Laienrichter sowie die Richter auf Zeit, auf Probe und kraft Auftrags (§ 8 DRiG) zu zählen sind²⁾.

Kern spricht in diesem Zusammenhang³⁾ von einer "Rangordnung" der Richter (Richter ersten, zweiten, dritten Ranges) und prägt den Ausdruck "Vollrichter", worunter er nur einen solchen Richter versteht, "der neben einer gründlichen Fachausbildung eine langjährige Erziehung zur Objektivität und zur Gesetzestreue erhalten hat, der an den zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten völlig unbeteiligt ist, der persönliche Unabhängigkeit genießt und auch von inneren Bindungen vollkommen frei ist"⁴⁾.

Ähnliche Gedanken finden sich bei Wilke⁵⁾. Aus der Fassung von Art. 97 Abs. 2 GG könne zunächst nur geschlossen werden, daß das Grundgesetz nicht lediglich in vollem Umfange

1) Kramer, Diss. S. 36

Wertenbruch, Rpfleger 1962, 77 (81)

2) Bonner Kommentar (Holtkotten) Art. 92 GG Erl. II, 3 b

3) DRiZ 1952, 125 (126)

4) aaO S. 127; die letzte Forderung Kerns, daß der "Vollrichter" auch von inneren Bindungen vollkommen frei sein müsse, dürfte über das, was man vernünftigerweise von einem Menschen verlangen kann, hinausgehen und wohl auch kaum erstrebenswert sein; denn ein Mensch mit starken inneren Bindungen wird gerade hieraus die Kraft für die Erfüllung richterlicher Aufgaben schöpfen können. Bindung - wohlgemerkt an die Welt der Werte - schadet nicht, sondern macht erst eigentlich frei.

5) Diss. S. 84 f.

unabhängige Organe der rechtsprechenden Gewalt kenne, keinesfalls jedoch, daß es für den Begriff des Richters gleichgültig sei, ob er auch mit den persönlichen Elementen der Unabhängigkeit ausgestattet sei. Es genüge nicht, daß die Verfassung jedem, der rechtsprechende Funktionen wahrnehmen könne, sachliche Unabhängigkeit gewähre, der eigentliche Repräsentant der richterlichen Gewalt müsse unteilbare Unabhängigkeit besitzen. Wilke räumt zwar ein, daß es zu weit ginge, alle persönlich noch nicht voll unabhängigen Mitglieder eines Gerichts als "Nicht-Richter" zu bezeichnen, jedoch könne ihr Anteil an der Rechtsprechung immer nur ein hilfsweiser und unterstützender sein.

Diesen Auffassungen und Konstruktionen kann nicht scharf genug entgegengetreten werden. Ob es sich um einen Berufsrichter oder um einen Laienrichter, um den Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts oder um einen Amtsgerichtsrat handelt, in der Ausübung ihres Richteramtes genießen sie alle die gleiche Unabhängigkeit. Eine Steigerung des Richters zum "Vollrichter" gibt es ebensowenig wie Richter zweiten oder dritten Ranges. Mit dem "Vollrichter" charakterisiert Kern den Berufsrichter, der sich vom Laienrichter nur durch die Fachausbildung und das Dienstverhältnis unterscheidet.

Die Aufgabe, die das Richten beinhaltet, nämlich die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten und die Erkenntnis dessen, was im Einzelfall Recht ist, wird von den Laienrichtern in derselben Weise und in demselben Umfang wahrgenommen wie von den Berufsrichtern. Vergewahrtigt man sich dazu, daß viele Spruchkörper überwiegend mit Laien besetzt sind (z.B. Schöffengericht, Schwurgericht, Arbeitsgericht), mutet es geradezu grotesk an, diese Richter als "zweitrangig" zu bezeichnen. Gewiß ist in jedem Fall der Vorsitzende ein Berufsrichter und wird das Urteil von einem Berufsrichter abgefaßt - hierzu fehlt den Laien eben die Fachausbildung -, aber an der eigentlichen richterlichen Tätigkeit sind die Laienrichter gleichberechtigt beteiligt, ihre

Stimme ist es, die in vielen Prozessen den Ausschlag gibt. Ihr Anteil an der Rechtsprechung ist also keineswegs nur ein hilfsweiser und unterstützender, wie Wilke meint; die Laienrichter sind vollwertige und gleichrangige Repräsentanten der richterlichen Gewalt. Für den Begriff des Richters ist es gleichgültig, ob er auch mit den Garantien des Art. 97 Abs. 2 GG ausgestattet ist¹⁾.

Wir müssen daher auch die Auffassung ablehnen, sachliche und persönliche Unabhängigkeit seien nur zwei Seiten ein und derselben Einrichtung, von denen jede unselbständig sei und für sich allein nicht gedacht werden könne²⁾. Eine solche Betrachtungsweise verbietet sich in dem Augenblick, da man erkennt, daß die persönliche Unabhängigkeit für den Begriff des Richters nicht wesentlich ist, daß die richterliche Unabhängigkeit sich vielmehr in der Weisungsfreiheit, also der sachlichen Unabhängigkeit, erschöpft. Dabei darf freilich nicht übersehen werden, daß es für die sachliche Unabhängigkeit keine wirksamere Garantie gibt als die persönliche Unabhängigkeit.

Ein Vergleich mit der Unabhängigkeit der Abgeordneten bestätigt die Richtigkeit der hier entwickelten Auffassung. Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages sind nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Bereits diese Formulierung weist auf eine Ähnlichkeit der Unabhängigkeit der Abgeordneten mit der richterlichen Unabhängigkeit hin. Den Abgeordneten ist die Weisungsfreiheit von der Verfassung gegeben, damit sie bei der Abstimmung frei und nur an ihr Gewissen und an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) gebunden sich entscheiden können. Damit sind die Abgeordneten zugleich ans Recht gebunden. Freilich orientiert sich das Handeln der Abgeordneten auch und in erster Linie am politischen Zweckdenken und unterscheidet sich hierdurch grundlegend von der Tätigkeit des Richters,

1) Wertenbruch DRpflZ 1963, 49 (56)

2) Ernst DRiZ 1955, 78 (79)
Wilke, Diss. S. 79

die nur auf die Erkenntnis des Rechts gerichtet ist und nicht vom politischen Zweckdenken beeinflusst sein darf¹⁾.

Bei aller Verschiedenheit richterlicher und gesetzgeberischer Tätigkeit entspringt die Unabhängigkeit der Abgeordneten der gleichen verfassungsgeberischen Intention wie die richterliche Unabhängigkeit. Auch für den Abgeordneten bedeutet Unabhängigkeit Weisungsfreiheit (wie es im Grundgesetz steht), eine persönliche Unabhängigkeit kennt der Abgeordnete nicht. Er wird jeweils nur für eine Legislaturperiode gewählt, und seine Wiederwahl hängt zum Teil von Faktoren ab, auf die er keinen Einfluß hat. Eine persönliche Unabhängigkeit ist für die Ausübung der Abgeordnetentätigkeit ebensowenig Voraussetzung wie für das Richteramt.

d) Weitere Unterteilungen der richterlichen Unabhängigkeit

Gelegentlich wird in der Literatur der Versuch unternommen, die richterliche Unabhängigkeit begrifflich weiter zu unterteilen. So spricht Bettermann²⁾ von der Parteiunabhängigkeit (=prozeßrechtliche Unabhängigkeit), der Staatsunabhängigkeit (=staatsrechtliche Unabhängigkeit) und der Gesellschaftsunabhängigkeit (=soziale Unabhängigkeit), während Eichenberger³⁾ gar fünf Unterbegriffe der richterlichen Unabhängigkeit bildet: Unbeteiligtheit, Selbständigkeit, Eigenständigkeit, Sozialfreiheit und innere Unabhängigkeit⁴⁾. Auch diese Unterteilungen sind für eine Betrachtung des Wesens der richterlichen Unabhängigkeit ohne Wert,

1) Eb. Schmidt, Die Sache der Justiz S. 8

2) Die Grundrechte Bd. III, 2 S. 523 (525)

3) Die richterliche Unabhängigkeit S. 44

4) Unbeteiligtheit = Unabhängigkeit gegenüber den Parteien;
Selbständigkeit = Unabhängigkeit gegenüber nichtrichterlichen Gewalten;
Eigenständigkeit = Unabhängigkeit gegenüber Organen der richterlichen Gewalt;
Sozialfreiheit = Unabhängigkeit gegenüber soziologischen Wirksamkeiten;
innere Unabhängigkeit = Unabhängigkeit gegenüber sachfremden Motivationen im forum internum des Organwalters.

da sie geeignet sind, den Blick vom Wesentlichen abzulenken und falschen Vorstellungen Raum zu geben.

Eichenberger muß selbst einräumen¹⁾, daß von seinen fünf Bestandteilen der richterlichen Unabhängigkeit sich nur der erste, die Parteiunabhängigkeit, absolut verwirklichen läßt, während Selbständigkeit, Eigenständigkeit und Sozialfreiheit nur in einem gewissen Maße vorhanden sein können und die innere Unabhängigkeit schließlich "unbegrenztbar und schwer greifbar"²⁾ sei.

Die Richter sind wie alle Staatsbediensteten in die gesellschaftliche und staatliche Gemeinschaft, der sie angehören, eingegliedert und unterscheiden sich von den anderen Staatsorganwaltern nur durch die Art der von ihnen wahrzunehmenden Aufgaben. Wenn Eichenberger z. B. in der Bereitstellung der Mittel für die Ausübung der Rechtsprechung³⁾ oder in der Bestellung der Richter⁴⁾ Bedrohungen für die richterliche Unabhängigkeit sieht, weil sie unvermeidlicherweise Abhängigkeiten schaffen, zugleich aber ausführt⁵⁾, daß nicht deswegen einem Organ die Unabhängigkeit und damit die richterliche Qualität abgesprochen werden kann, nur weil es in Abhängigkeit vom Kurationsorgan und von seinem Dienstherrn steht, so ist dies kein "unlösbares Problem", sondern es werden zwei Dinge miteinander verquickt, die im Grunde nichts miteinander zu tun haben.

Da ist einmal die von der Verfassung vorgesehene und vom Staat gemäß diesem Verfassungsauftrag zu verwirklichende Institution der Gerichtsbarkeit. Um die Gerichte zu erstellen, einzurichten und arbeitsfähig zu machen und zu erhalten, müssen vom Staat die erforderlichen Mittel be-

1) aaO S. 45 ff.

2) Eichenberger aaO S. 51
vgl. auch Peters, Gewaltentrennung S. 19,
und oben S. 96 Anm. 4

3) Die richterliche Unabhängigkeit S. 46

4) aaO S. 219 ff.; für die Bestellung nennt Eichenberger (S. 220) fünf Kurationsorgane: die Exekutive, das Parlament, die Aktivbürgerschaft, richterliche Organe und besondere Wahlgremien als Zwischengewalten.

5) aaO S. 220

reitgestellt und die geeigneten Organwalter berufen werden. Es ist selbstverständlich, daß hierdurch Abhängigkeiten geschaffen werden, aber eben keine Abhängigkeiten, die die richterliche Unabhängigkeit einengen¹⁾. Schließlich können sich - um es überspitzt zu sagen - die Richter nicht selbst zum Staatsorganwalter bestellen und aus ihrer eigenen Tasche die Tätigkeit der Gerichte finanzieren.

Die Bereitstellung der Mittel für die Ausübung der Rechtsprechung durch die Exekutive und die Bestellung der Richter durch richterliche oder nicht-richterliche Organe ist Voraussetzung für das Tätigwerden der Richter und somit auch Voraussetzung für die Betätigung und Verwirklichung der richterlichen Unabhängigkeit; es kann insoweit kein Unterschied zur Errichtung der anderen staatlichen Organe bestehen.

Die richterliche Unabhängigkeit dagegen ist eine von den in Rede stehenden Abhängigkeiten ermöglichte Freiheit zur gerechten und von sachfremden Einflüssen unberührten Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits. Dabei ist freilich nicht zu verkennen, daß derjenige, der die Voraussetzung für eine Freiheit schafft, in der Regel auch die Möglichkeit hat, den Gebrauch dieser Freiheit in seinem Sinne zu beeinflussen, d.h. es besteht die Gefahr, daß bereits durch die Auswahl der Richter, namentlich für die Bundesgerichte und das Bundesverfassungsgericht, von den zur Bestellung der Richter berufenen Organen der Rechtsprechung eine gewisse Tendenz zu geben versucht wird.

Demgegenüber darf darauf hingewiesen werden, daß den Richtern durch den Verfassungsauftrag, nur dem Recht zu dienen, bereits ein eindeutiger und verpflichtender Maßstab gegeben ist, nach dem sie ihre Entscheidungen allein auszu-

1) Richterernennung und Richterwahl gehören daher auch nicht zu den "systemgerechten Einwirkungen anderer Gewalten auf die Rechtsprechung" (so Scheuner DÖV 1953, 517 (522)); die Rechtsprechung duldet überhaupt keine Einwirkungen.

richten haben, und daß unter der Geltungskraft des Grundgesetzes bisher auch noch kein Fall bekannt geworden ist, in dem sich ein Richter auf Grund der Tatsache, daß er von anderen staatlichen Organen gewählt und vom Staat bezahlt wird, in seiner Entscheidungsfreiheit bedroht fühlte oder bei seiner Entscheidung beeinflussen ließ oder daß staatliche Organe über die genannten Abhängigkeiten Einfluß auf die richterliche Unabhängigkeit zu nehmen versuchten.

Die Möglichkeit, daß der Staat, der die Rechtsprechung schafft, sie auch wieder abschafft, ist offensichtlich. Ein Staat ohne Rechtsprechung könnte freilich nicht mehr für sich in Anspruch nehmen, ein Rechtsstaat zu sein. Ein Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit allerdings wäre dies auch nicht; denn diese Unabhängigkeit kann es nur da geben, wo die Möglichkeit zur Entscheidung besteht, und die garantiert allein die rechtsstaatliche Verfassung.

Die von Eichenberger verwendeten Begriffe Selbständigkeit, Eigenständigkeit und Sozialfreiheit haben demnach mit der richterlichen Unabhängigkeit nichts zu tun und können somit auch nicht als ihre Unterbegriffe angesehen werden. Gleiches gilt für die von Bettermann genannten Begriffe Staatsunabhängigkeit und Gesellschaftsunabhängigkeit. Kein Richter ist unabhängig von der Gesellschaft, der er angehört, und unabhängig vom Staat, in dessen Diensten er steht. Und auch die Behauptung Bettermanns, daß dort, wo der Staat selbst prozessiere, die Staatsabhängigkeit zugleich Parteihabhängigkeit sei¹⁾, ist verfehlt, da der Staat eben nie vor Gericht steht, sondern die einzelnen Handlungen der Organwalter auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden.

1) Vgl. oben S. 1 Anm. 1

e) Unabhängigkeit und Kontrollen über den Richter

Die Tätigkeit der Richter kann durch Rechtsmittel und durch Aufsichtsmittel kontrolliert werden¹⁾. Daß durch das Einlegen von Rechtsmitteln und durch Entscheidungen im Instanzenzug die richterliche Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt wird, wurde bereits ausgeführt²⁾. Auch die verschiedenartig ausgestaltete beaufsichtigende Kontrolle verfolgt den gleichen Zweck wie die Unabhängigkeit³⁾ und der Instanzenzug, nämlich eine sachgerechte Entscheidung zu garantieren, und steht daher ebenfalls zur richterlichen Unabhängigkeit nicht im Widerspruch.

Als Aufsichtsmittel dienen die Dienstaufsicht und die Richteranklage. Man kann diese beiden Institutionen unter dem Begriff "Richteraufsicht" zusammenfassen. Er wird ihrem Wesen als einer Überwachung der einzelnen richterlichen Organwalter eher gerecht als der gelegentlich in der Literatur verwendete Begriff "Justizaufsicht"⁴⁾, den man besser der Fachaufsicht des Ministers vorbehält, der die Gerichte als Behörden unterliegen⁵⁾. Daß diese Fachaufsicht, die sich aus den allgemeinen und traditionellen Grundsätzen der Staatsorganisation und aus der Verantwortlichkeit der Regierung für die von ihr errichteten Behörden gegenüber dem Parlament ergibt⁵⁾, die richterliche Unabhängigkeit nicht berührt, bedarf keiner längeren Erörterung, erstreckt sie sich doch nur auf die Fragen der Behördenorganisation und der Justizverwaltung, nicht aber auf die rechtsprechende Tätigkeit der einzelnen Richter.

Dagegen begegnet besonders die Dienstaufsicht der Gerichtspräsidenten über die Richter in der Literatur manchen Bedenken. Man sieht sie in einem Spannungsverhältnis zur

1) Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit S. 257

2) Oben S. 90 ff.

3) Eichenberger aaO S. 254

4) z. B. Baur, Justizaufsicht

5) Bettermann, Die Grundrechte Bd. III, 2 S. 523 (586)

Unabhängigkeit¹⁾, ja bezeichnet sie als "ganz böses Kapitel"²⁾.

Die Dienstaufsicht soll sicherstellen, daß die Richter pflichtgemäß handeln und notfalls zu pflichtgemäßem Handeln angehalten werden (§ 26 Abs. 2 DRiG). Dabei untersteht der Richter nach § 26 Abs. 1 DRiG der Dienstaufsicht nur, soweit nicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt wird. Das Gesetz gibt hiermit eine klare Abgrenzung³⁾.

Der Richter ist unabhängig gestellt zur Erfüllung seiner Rechtsprechungsaufgabe. Die Dienstaufsicht darf also da nicht eingreifen, wo der Richter Recht spricht; auch im Rahmen der Dienstaufsicht darf keine Weisung erteilt werden, wie ein Rechtsstreit zu entscheiden sei. Die Dienstaufsicht hat nur darüber zu wachen, daß der Richter seinen Aufgaben nachkommt und daß er sie formal ordnungsgemäß erfüllt. Welche Entscheidung der Richter im Einzelfall trifft, darauf hat die Dienstaufsicht keinen Einfluß.

Die Dienstaufsicht entfaltet ihre Wirksamkeit in einem ganz anderen Bereich als die Unabhängigkeit. Die Dienstaufsicht soll bewirken, daß der Richter überhaupt entscheidet; demgegenüber betrifft die Unabhängigkeit das Wie der einzelnen richterlichen Entscheidung, sie soll eine gerechte Entscheidung ermöglichen. Ob eine Entscheidung tatsächlich gerecht ist, kann nicht durch die Dienstaufsicht, sondern nur im Instanzenzug nachgeprüft werden.

Dienstaufsicht und Unabhängigkeit sind demnach keine Gegensätze, sondern Ergänzungen. Baur sieht die eigentliche und einzige Rechtfertigung für eine Aufsicht über den Richter

1) Schmidt-Räntsch § 26 DRiG Randn. 2

2) van Husen AÖR 78, 49 (56)

3) Da Eingriffe in die richterliche Unabhängigkeit dadurch nicht ausgeschlossen sind, kann ein Richter gegen eine Maßnahme der Dienstaufsicht, durch die er sich in seiner Unabhängigkeit beeinträchtigt glaubt, gemäß § 26 Abs. 3 DRiG gerichtliche Entscheidung beantragen.

in der Justizgewährungspflicht des Staates¹⁾. Der Staat hat nicht nur die Pflicht, dem Bürger den Rechtsweg zu eröffnen, d. h. Gerichte zu schaffen und mit der erforderlichen Zahl von Richtern zu besetzen, sondern er hat auch darüber zu wachen, daß diese Organwalter, die bei der Erfüllung ihrer Aufgabe unabhängig sein müssen, ihre Aufgabe gewissenhaft erfüllen. Die Justizgewährungspflicht des Staates ist somit nicht nur Rechtfertigung für die Dienstaufsicht, sondern sie hat die Dienstaufsicht notwendigerweise zur Folge. Folgt die Unabhängigkeit aus dem Wesen der Rechtsprechung, so folgt die Dienstaufsicht aus der Pflicht des Staates, Recht zu sprechen.

Man kann daher mit gutem Recht sagen, daß die Unabhängigkeit die Dienstaufsicht nicht nur nicht ausschließt²⁾, sondern daß beide Institutionen, auf verschiedenem Wege und in verschiedenen Bereichen, der vom Staat zu erfüllenden Rechtsprechungsaufgabe dienen, so daß der Staat auf die Dienstaufsicht über die im Namen des Volkes Recht sprechenden Richter nicht verzichten kann³⁾.

Schorn führt hierzu aus⁴⁾, daß sich auch die Richter selbst durch das Institut der Dienstaufsicht in ihrer Unabhängigkeit nicht beeengt fühlen und daß eine Ausschaltung der Dienstaufsicht von den meisten Richtern nicht verstanden würde. Ihre eigenen Interessen und ihr Berufsethos würden betroffen, wenn einige wenige die völlige Freistellung von der Dienstaufsicht mißbrauchen und ihre Amtsgeschäfte nicht in ordnungsmäßiger, pünktlicher, verantwortungsmäßiger Weise erfüllen würden. Wäre z. B. bei der verzögerlichen Erledigung eines Rechtsstreits oder bei einer ungebührlichen Behandlung der Prozeßparteien durch einen Richter ein Einschreiten im Rahmen der Dienstaufsicht unmöglich, so könnte im Volke leicht die Auffassung aufkommen, daß sich der Richter auf Grund seiner Unabhängigkeit keiner Instanz gegenüber verantwortlich fühle.

1) Justizaufsicht S. 25

2) Hamann Art. 97 GG Anm. B 2

3) Schorn DRiZ 1954, 2

4) aaO S. 2 f.

Das gleiche Ziel, nämlich einen Mißbrauch der dem Richter eingeräumten, notwendigerweise sehr weitgehenden Unabhängigkeit zu verfassungswidrigem Verhalten zu verhindern¹⁾, verfolgt der Verfassungsgeber mit dem Institut der Richteranklage²⁾. Die Richteranklage bestätigt, daß die richterliche Unabhängigkeit kein Privileg ist³⁾, sondern für den Richter allein Verantwortung und Verpflichtung bedeutet, nur das Recht zum Maßstab seiner Entscheidung zu machen.

Die Treue der Richter zur Verfassung und damit zum Recht ist nicht nur theoretisch und programmatisch in der Verfassung verankert; durch die Richteranklage ist sie praktisch gewährleistet⁴⁾. Auch die Richteranklage richtet sich nicht gegen die richterliche Unabhängigkeit, sondern soll ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch gewährleisten. Zutreffend bezeichnet daher Wilke⁵⁾ die Einrichtung der Richteranklage als "Ausdruck des sich selbst schützenden Rechtsstaates". Bettermann⁶⁾ sieht in der parlamentarischen Richteranklage das Gegenstück und die Ergänzung zur Präsidenten- und Ministeranklage. Darin zeige sich die Rangerhöhung, die das Grundgesetz den Richtern gebracht habe, daß sie nämlich Verfassungsorgane geworden seien. Nur so werde verständlich, daß über die Anklage das Verfassungsgericht zu entscheiden hat.

Gerade die zuletzt genannte Tatsache vermag die Bedenken zu zerstreuen, daß die Richteranklage von der Legislative (und durch sie von der Exekutive) zu einem Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit mißbraucht wird. Das Bundesverfassungsgericht entscheidet über die Richteranklage; hierin liegt die Garantie für die richterliche Unabhängigkeit.

1) Zinn, Verh. d. 37. Dt. Juristentages S. 46 (61)

2) Für Bundesrichter: Art. 98 Abs. 2 GG;
für Richter des Landes Nordrhein-Westfalen:
Art. 98 Abs. 2, 5 GG, Art. 73 Verf. NRW

3) Vgl. oben S. 94 Anm. 1

4) Lüttger NJW 1950, 532

5) Diss. S. 131

6) Die Grundrechte Bd. III, 2 S. 523 (585)

So wird die richterliche Unabhängigkeit durch das Institut der Richteranklage mehr bestärkt als angegriffen, und zwar nicht nur, wie Weber meint¹⁾, hauptsächlich deswegen, weil die Notwendigkeit, einen sehr bedeutenden Apparat zu bemühen, hemmend wirkt, sondern weil eben die Entscheidung abermals in die Hände unabhängiger Richter gelegt ist.

1) Niedermeyer-Festschrift S. 261 (264)

III. Die Synthese von Staatsorganschaft und richterlicher Unabhängigkeit

Die Beantwortung der zu Beginn dieser Arbeit gestellten Frage, ob Staatsorganschaft und richterliche Unabhängigkeit in Antinomie stehen, ergibt sich nach den bisherigen Ausführungen nahezu von selbst. Der Widerspruch ist nur ein scheinbarer.

Aber man kann und muß noch einen Schritt weitergehen. Staatsorganschaft und richterliche Unabhängigkeit sind nicht nur kein Widerspruch, sondern die richterliche Unabhängigkeit hat die Staatsorganschaft der Gerichte geradezu zur Voraussetzung. Nur der Staat kann einen unabhängigen Richterspruch durch unabhängige Richter garantieren. Die Staatsorganschaft der Gerichte ist Garantie für die Unabhängigkeit des Richterspruchs und für die Unabhängigkeit der Richter. Alle Institutionen, die auf den ersten Blick die richterliche Unabhängigkeit zu bedrohen scheinen, wie z.B. der Instanzenzug, die Dienstaufsicht und die Richteranklage, dienen im Grunde der richterlichen Unabhängigkeit, nicht um dieser selbst willen, sondern im Interesse der das Recht suchenden Bürger und des dem Recht verpflichteten Staates.

Richterliche Unabhängigkeit ist Unabhängigkeit von den Parteien des Rechtsstreits. Der Staat ist niemals Partei eines Rechtsstreits. Der Staat hält Gericht, er kann nicht zugleich vor Gericht stehen. Partei im Rechtsstreit, ganz gleich in welcher Gerichtsbarkeit, können neben dem Bürger nur ein oder mehrere Staatsorganwalter sein. Ihre Handlung wird daraufhin untersucht, ob sie gerecht ist, dem Staate entspricht und folglich diesem zugeschrieben werden kann. Die richterliche Unabhängigkeit fordert daher Freiheit von Weisungen anderer Staatsorganwalter, insbesondere von den am Rechtsstreit beteiligten oder an seinem Ausgang interessierten Staatsorganwaltern. Eine Staatsunabhängigkeit kann und darf es auch und gerade

für den Richter nicht geben¹⁾.

Richten ist Erfüllung einer staatlichen Aufgabe. Der Richter muß sich den Zielen des Staates, wie sie in der Verfassung niedergelegt sind, wie kein anderer Staatsorganwarter verpflichtet fühlen. Vom Richter hängt es nach unserer Verfassung letztlich ab, inwieweit dem Recht in unserem Staate Geltung verschafft wird.

Richterliche Unabhängigkeit ist Unabhängigkeit zum Recht. Und da unser Staat ein Rechtsstaat ist, in dem das Recht oberste Richtschnur alles staatlichen Handelns sein soll und nur gerechtes Handeln Staatshandeln sein darf, ist richterliche Unabhängigkeit weder Unabhängigkeit vom noch im Staat²⁾, sondern im Grunde Unabhängigkeit zum Staat.

1) E. von Hippel JZ 1956, 1 (3); Mechanisches und moralisches Rechtsdenken S. 425 (435)

2) Vgl. oben S. 2 Anm. 4

Lebenslauf

Ich wurde am 31. Mai 1937 in Plauen/Vogtland als Sohn der Eheleute Gerhard und Irmgard Türpe geboren und bin evangelischer Konfession. Mein Vater ist Industriekaufmann und seit 1947 bei der Knapsack AG in Knapsack bei Köln beschäftigt. Meinen Wohnsitz habe ich seit 1952 in Efferen bei Köln.

Nach dem Besuch der Volksschule in Plauen, Göttengrün (Thüringen), Bitterfeld und Knapsack sowie des Städtischen Gymnasiums in Brühl legte ich am 1. März 1958 die Reifeprüfung ab. Ich studierte in Bonn und Köln Rechtswissenschaft und bestand am 7. Dezember 1962 die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 2. Januar 1964 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst. Außerdem bin ich seit dem Wintersemester 1963/64 als Korrekturassistent an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln tätig. Nach Abschluß meiner Ausbildung möchte ich Richter werden.

